# Ausführliche Erläuterung

der

# Pandecten

nach

Hellfeld

# ein Commentar

von


## D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.


---

## Neunten Theils erste Abtheilung.


Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1808.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Lib. VII. Tit. I.

# De usufructu, et quemadmodum quis utatur fruatur.

## §. 620.

**Entwickelung des Begriffs von *Servitus* oder Dienstbarkeit.**

Von der Vindikation körperlicher Sachen oder den Eigenthumsklagen kommen die Verfasser der Pandecten auf diejenigen Realklagen, die wegen der Servituten Statt haben. Ulpian [1]) rechnet dahin, die *actio confessoria* und *negatoria*. Allein es ist, wie schon an einem andern Orte [2]) bemerkt worden ist, im Grunde die Eigenthumsklage, womit man die Freyheit des Eigenthums von einer Servitut behauptet [3]). Hingegen ist die *actio confessoria* die eigentliche vindicatio servitutis, welche aus dem Rechte der Dienstbarkeit selbst entspringt. Indessen ist von beyden hier zu handeln. Es ist nun zu vör-

1) *L.* 2. *pr. D. Si servitus vindicet.* De servitutibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria: *confessoria* ei, qui servitutem sibi competere contendit: *negatoria* domino, qui negat.

2) S. im 8ten Theil §. 576. Not. 61. S. 26.

3) Vergl. Hugo Lehrbuch der Pandecten. (Dritte Aufl. Berlin 1805.) §. 195.

vörderst eine genaue Erörterung der Lehre von Servituten vorauszuschicken. Diese Lehre ist eine von denen, deren Entwickelung mit nicht geringen Schwierigkeiten verknüpft ist, und sie kann mit Recht ein Meisterstück des juristischen und philosophischen Geistes der Römer genennt werden. Im Ganzen ist sie vom **Westphal** [4]) meisterhaft bearbeitet worden. Doch verdient auch **Joh. D'Avezan** [5]) empfohlen zu werden. **Emund Merill** [6]), **Janus a Costa** [7]) und **Franz Ramos del Manzano** [8]) erläutern hingegen blos den ersten Titel des 8ten Buchs de Servitutibus, und zwar letzter wissenschaftlich, die beyden erstern aber exegetisch. Bey weitem gründlicher ist jedoch die wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des römischen Rechts von den dinglichen Dienstbarkeiten vom Herrn Prof. Zachariä [9]). Die Schriften über einzelne Materien werde ich am gehörigen Orte anzeigen.

Es kommt nun zuvörderst auf den Begriff von Servitut oder Dienstbarkeit an. Hier ist vor allen Dingen

4) Interpretationes iuris civ. de libertate et servitutibus praediorum artis ordine digestae. *Lipsiae* 1773. 8.

5) Servitutum liber in *Ger.* MEERMANI *novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. IV. pag. 119. sqq.

6) Ad Tit. Dig. de Servitutibus Commentarius: in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 634. sqq.

7) Ad Tit. 1. Libr. 8. D. de Servitutib. mit *B.* VOORDA Anmerkungen in *Iani a* COSTA *Praelection. ad illustriores quosdam Titulos locaque selecta iuris civ. Lugd. Batav. 1773. 4.*

8) Commentar. ad tit. D. de Servitutibus. in *Ger.* MEERMANI *Thes. cit.* Tom. VII. pag. 43. sqq.

9) In Hugo civilistischen Magazin 2. Band. S. 328. ff.

gen zu bemerken, daß der Begriff von Servitut im Personenrecht, von dem im Sachenrecht ganz verschieden sey; beyde dürfen daher nicht, wie vom Bartolus geschehen ist, mit einander verwechselt werden. Dort hieß *Servitus* (Sklaverey) der Zustand eines Menschen, vermöge dessen er sich in dem Eigenthum eines Andern befindet. Von dieser konnte man mit Wahrheit sagen: *domino res sua servit.* Denn auch Sklaven wurden als Sachen betrachtet. Sie waren die eigene Sache ihres Herrn. Dahingegen widerstreitet es der Natur einer Servitut im Sachenrecht, daß dem Eigenthümer seine eigene Sache diene. Vielmehr ist eine Sache für desto freyer zu halten, je unumschränkter der Eigenthümer darüber zu verfügen berechtiget ist. Hier sagt man nur dann, die Sache sey dienstbar, wenn das Verfügungsrecht des Eigenthümers durch fremde Einwirkung beschränkt wird, so daß derselbe zum Nutzen eines andern Subjects nicht alles das thun darf, wozu er sonst als Eigenthümer berechtiget seyn würde.

Hier wird also Servitut der Freyheit des Eigenthums entgegengesetzt, von welcher letztern an einem andern Orte [10]) gehandelt worden ist, und darunter im eigentlichen Sinn eine die Freyheit des Eigenthums beschränkende moralische Eigenschaft einer Sache verstanden, vermöge welcher der Eigenthümer derselben, zum Vortheil eines Andern, in gesetzmäßiger Art etwas zu leiden oder



10) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 576. S. 44. Ist eine Sache von aller Dienstbarkeit frey, so heißt sie *res optima maxima. L. 90. et L. 169. D. de Verb. Signific.*

zu unterlassen verpflichtet ist [11]). **Ulpian** [12]) drückt in dieser Hinsicht das Wesen der Servitut sehr richtig aus, wenn er sagt, es sey eine qualitas rei *imposititia*, qua quis *ius suum deminuit*, alterius auxit.

So wie nun durch jede Servitut auf der einen Seite das Recht des Eigenthümers, der sie auf seiner Sache leiden muß, vermindert wird; so begründet sie auf Seiten desjenigen, zu dessen Vortheil sie bestellet worden ist, ein dingliches Recht, eine fremde Sache innerhalb den bestimmten und gesetzmäßigen Gränzen zu benutzen, und da aus diesem dinglichen Rechte nur eigentlich die vindicatio servitutis, d. i. die *actio confessoria* entspringt, so ist daher zu erklären, warum die römischen Rechtsgelehrten sich unter einer Servitut immer nur ein Recht gedenken. Daher sagt z. B. **Cajus** [13]): Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est, *de iure*, id est, *de servitute*, opus novum nunciare: *nam ei vindicatio servitutis datur*; und **Paulus** [14]) sagt: Ususfructus est *ius* alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Es geschieht demnach im uneigentlichen Sinn, wenn

11) Ueber den Begriff vergleiche man *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. IX. cap. 21. pag. 476. *Lud* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 2 (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 658. sq.) *Io. D'* DAVEZAN Servitutum liber P. II. Cap. 1. (bey MEERMANN T. IV. pag. 125.) *Arn.* VINNII Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 2. nr. 5. und *Io. Frid.* WAHL Diss. de Servitutibus. *Goettingae* 1748. Meletem. I.

12) *L. 5. §. 9. in fin. D. de operis novi nunciat.*

13) *L. 9. D. eodem.*

14) *L. 1. D. h. t.*

wenn Servitut, für Dienstbarkeitsrecht, *ius servitutis*, genommen, das dingliche Recht auf einer fremden Sache genennt wird, welches dem Eigenthümer die Pflicht auflegt, zum Vortheil eines Andern entweder etwas zu leiden, und zu gestatten, was er sonst, als Eigenthümer, nicht zu leiden und zu gestatten schuldig wäre, oder etwas zu unterlassen, wozu er sonst, als Eigenthümer, befugt wäre. Wenn Hellfeld sagt: SERVITUS *est ius reale, utilitatem percipiendi ex re aliena*, so ist dieser Begriff nicht genau genug bestimmt. Denn zum genauen Begriff gehört auch noch, daß die Benutzung der fremden Sache durchaus nur in einem Rechte auf das Leiden, oder auf das Nichtthun des Eigenthümers bestehen muß [15]).

Eine Servitut ist also

1) ein dingliches Recht, welches dem Berechtigten vermöge einer der dienenden Sache inhärirenden Qualität zusteht. Sie kann daher nach der Regel: res cum sua causa transfertur [16]), gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden. Bin ich hingegen blos *ex iure obligationis* befugt, eine fremde Sache zu benutzen, z. B. weil sie mir geliehen oder verpachtet worden ist, so muß zwar auch der Eigenthümer etwas leiden, allein mein Recht ist keine Servitut, denn es hört auf,

 wenn

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 60. (der dritten Aufl.)

16) *L. 67. D. de contrab. emt. L. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom.* In dieser letztern Stelle heißt es: Quoties dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, *quale fuit apud eum, qui tradit.* Si *servus* fuit fundus, *cum servitutibus tranſit*; si liber, uti fuit.

wenn der Eigenthümer seine Sache veräußert, und der Käufer mir es nicht ferner gestatten will.

2) Bey einer Servitut ist immer eine Sache Object des Rechts. Sie kann daher nicht auf der Person des Eigenthümers ruhen. Ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, daß er und alle künftige Besitzer seiner Sache, zu Gunsten einer andern Person oder Sache, gewisse dem Promissar vortheilhafte positive Handlungen leisten wollen, würde zwar den Promittenten, und etwa auch desselben Erben verbinden, so wie dem Promissar und allenfalls desselben Erben ein Recht geben; keinesweges aber kann es den Singularsuccessoren beyder Contrahenten nachtheilig oder nützlich seyn. Denn es ist ein Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten ein Recht erwerben, noch vollkommen daraus verpflichtet werden könne. Es kann also eine auf die Person der Contrahenten eingeschränkte Verbindlichkeit keine Servitut seyn, weil sie der Natur einer Dienstbarkeit widerstreitet, als welche allen Besitzern der dienenden Sache eine Last auflegen soll. Hieraus erklärt sich der Grundsatz des römischen Rechts: *Nullam servitutem in faciendo consistere posse* [17]).

3) Jede Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache. Daher kann man auf seiner eignen Sache keine

17) *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* Man vergleiche hier vorzüglich Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 2. Abh. Schömans Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. VII. S. 378. ff. und Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 10. bey Hugo im civilist. Magazin 2. B. S. 337. f.

keine Dienstbarkeit ausüben. Es ist vielmehr ein unbezweifelter Grundsatz: *rem suam nemini servire* [18]), ohne welchen viele Gesetze [19]) nicht verstanden werden können. An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen läßt sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt haben würde [20]). Es kann auch die eigene Sache des einen Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche Sache der



18) *L. 5. pr. D. Si ususfruct. petat.* Qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; *neq enim potest ei suus fundus servire.* Der Nießbrauch, der dem Eigenthümer an seiner Sache zusteht, ist ein Recht des Eigenthums, keine Servitut; daher kommt dem Eigenthümer gegen den, welcher ihn in der Ausübung desselben hindert, nicht die confessorische, sondern die negatorische Klage zu. S. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. §. 966.

19) Daraus sind z. B. *L. 42. §. 1. D. de usufr. L. 10. D. de usu et usufr. leg.* zu erklären. S. WESTPHAL §. 533.

20) *L. 10. D. usufruct. quemadm. caveat.* wo es heißt: Si servi, qui nobis communis erat, *usumfructum* tibi legavero: *necessaria erit haec cautio* (usufructuaria) *heredi meo.* Quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri: tamen causa ususfructus, *qui tuus proprius est*, ad officium communi dividundo iudicis non pertinebit. Daß hier von dem usufructu formali die Rede sey, beweist die hier anerkannte Nothwendigkeit der Caution. Es läßt sich also nicht schlechthin mit THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 604. behaupten, daß man auf eine gemeinschaftliche Sache keine Servitut erwerben könne, man sehe vielmehr WESTPHAL §. 536.

wenn der Eigenthümer seine Sache veräußert, und der Käufer mir es nicht ferner gestatten will.

2) Bey einer Servitut ist immer eine Sache Object des Rechts. Sie kann daher nicht auf der Person des Eigenthümers ruhen. Ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, daß er und alle künftige Besitzer seiner Sache, zu Gunsten einer andern Person oder Sache, gewisse dem Promissar vortheilhafte positive Handlungen leisten wollen, würde zwar den Promittenten, und etwa auch desselben Erben verbinden, so wie dem Promissar und allenfalls desselben Erben ein Recht geben; keinesweges aber kann es den Singularsuccessoren beyder Contrahenten nachtheilig oder nützlich seyn. Denn es ist ein Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten ein Recht erwerben, noch vollkommen daraus verpflichtet werden könne. Es kann also eine auf die Person der Contrahenten eingeschränkte Verbindlichkeit keine Servitut seyn, weil sie der Natur einer Dienstbarkeit widerstreitet, als welche allen Besitzern der dienenden Sache eine Last auflegen soll. Hieraus erklärt sich der Grundsatz des römischen Rechts: *Nullam servitutem in faciendo consistere posse* [17]).

3) Jede Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache. Daher kann man auf seiner eignen Sache keine

17) *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* Man vergleiche hier vorzüglich Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 2. Abh. Schömans Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. VII. S. 378. ff. und Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 10. bey Hugo im civilist. Magazin 2. B. S. 337. f.

keine Dienstbarkeit ausüben. Es ist vielmehr ein unbezweifelter Grundsatz: *rem suam nemini servire* [18]), ohne welchen viele Gesetze [19]) nicht verstanden werden können. An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen läßt sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt haben würde [20]). Es kann auch die eigene Sache des einen Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche Sache der



18) *L. 5. pr. D. Si ususfruct. petat.* Qui habet proprietatem, utendi fruendi ius seperatum non habet; *neç enim potest ei suus fundus servire.* Der Nießbrauch, der dem Eigenthümer an seiner Sache zusteht, ist ein Recht des Eigenthums, keine Servitut; daher kommt dem Eigenthümer gegen den, welcher ihn in der Ausübung desselben hindert, nicht die confessorische, sondern die negatorische Klage zu. S. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. §. 966.

19) Daraus sind z. B. *L. 42. §. 1. D. de usufr. L. 10. D. de usu et usufr. leg.* zu erklären. S. WESTPHAL §. 533.

20) *L. 10. D. usufruct. quemadm. caveat.* wo es heißt: Si servi, qui nobis communis erat, *usumfructum* tibi legavero: *necessaria erit haec cautio* (usufructuaria) *heredi meo.* Quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri: tamen causa ususfructus, *qui tuus proprius est*, ad officium communi dividundo iudicis non pertinebit. Daß hier von dem usufructu formali die Rede sey, beweist die hier anerkannte Nothwendigkeit der Caution. Es läßt sich also nicht schlechthin mit THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 604. behaupten, daß man auf eine gemeinschaftliche Sache keine Servitut erwerben könne, man sehe vielmehr WESTPHAL §. 536.

wenn der Eigenthümer seine Sache veräußert, und der Käufer mir es nicht ferner gestatten will.

2) Bey einer Servitut ist immer eine Sache Object des Rechts. Sie kann daher nicht auf der Person des Eigenthümers ruhen. Ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, daß er und alle künftige Besitzer seiner Sache, zu Gunsten einer andern Person oder Sache, gewisse dem Promissar vortheilhafte positive Handlungen leisten wollen, würde zwar den Promittenten, und etwa auch desselben Erben verbinden, so wie dem Promissar und allenfalls desselben Erben ein Recht geben; keinesweges aber kann es den Singularsuccessoren beyder Contrahenten nachtheilig oder nützlich seyn. Denn es ist ein Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten ein Recht erwerben, noch vollkommen daraus verpflichtet werden könne. Es kann also eine auf die Person der Contrahenten eingeschränkte Verbindlichkeit keine Servitut seyn, weil sie der Natur einer Dienstbarkeit widerstreitet, als welche allen Besitzern der dienenden Sache eine Last auflegen soll. Hieraus erklärt sich der Grundsatz des römischen Rechts: *Nullam servitutem in faciendo consistere posse* [17]).

3) Jede Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache. Daher kann man auf seiner eignen Sache keine

17) *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* Man vergleiche hier vorzüglich Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 2. Abh. Schömans Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. VII. S. 378. ff. und Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 10. bey Hugo im civilist. Magazin 2. B. S. 337. f.

keine Dienstbarkeit ausüben. Es ist vielmehr ein unbezweifelter Grundsatz: *rem suam nemini servire* [18]), ohne welchen viele Gesetze [19]) nicht verstanden werden können. An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen läßt sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt haben würde [20]). Es kann auch die eigene Sache des einen Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche Sache der



18) *L. 5. pr. D. Si ususfruct. petat.* Qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; *neq; enim potest ei suus fundus servire.* Der Nießbrauch, der dem Eigenthümer an seiner Sache zusteht, ist ein Recht des Eigenthums, keine Servitut; daher kommt dem Eigenthümer gegen den, welcher ihn in der Ausübung desselben hindert, nicht die confessorische, sondern die negatorische Klage zu. S. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. §. 966.

19) Daraus sind z. B. *L. 42. §. 1. D. de usufr. L. 10. D. de usu et usufr. leg.* zu erklären. S. WESTPHAL §. 533.

20) *L. 10. D. usufruct. quemadm. caveat.* wo es heißt: Si servi, qui nobis communis erat, *usumfructum* tibi legavero: *necessaria erit haec cautio* (usufructuaria) *heredi meo.* Quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri: tamen causa ususfructus, *qui tuus proprius est*, ad officium communi dividundo iudicis non pertinebit. Daß hier von dem usufructu formali die Rede sey, beweist die hier anerkannte Nothwendigkeit der Caution. Es läßt sich also nicht schlechthin mit THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 604. behaupten, daß man auf eine gemeinschaftliche Sache keine Servitut erwerben könne, man sehe vielmehr WESTPHAL §. 536.

wenn der Eigenthümer seine Sache veräußert, und der Käufer mir es nicht ferner gestatten will.

2) Bey einer Servitut ist immer eine Sache Object des Rechts. Sie kann daher nicht auf der Person des Eigenthümers ruhen. Ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, daß er und alle künftige Besitzer seiner Sache, zu Gunsten einer andern Person oder Sache, gewisse dem Promissar vortheilhafte positive Handlungen leisten wollen, würde zwar den Promittenten, und etwa auch desselben Erben verbinden, so wie dem Promissar und allenfalls desselben Erben ein Recht geben; keinesweges aber kann es den Singularsuccessoren beyder Contrahenten nachtheilig oder nützlich seyn. Denn es ist ein Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten ein Recht erwerben, noch vollkommen daraus verpflichtet werden könne. Es kann also eine auf die Person der Contrahenten eingeschränkte Verbindlichkeit keine Servitut seyn, weil sie der Natur einer Dienstbarkeit widerstreitet, als welche allen Besitzern der dienenden Sache eine Last auflegen soll. Hieraus erklärt sich der Grundsatz des römischen Rechts: *Nullam servitutem in faciendo consistere posse* [17]).

3) Jede Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache. Daher kann man auf seiner eignen Sache keine

17) *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* Man vergleiche hier vorzüglich Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 2. Abh. Schömans Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. VII. S. 378. ff. und Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 10. bey Hugo im civilist. Magazin 2. B. S. 337. f.

keine Dienstbarkeit ausüben. Es ist vielmehr ein unbezweifelter Grundsatz: *rem suam nemini servire* [18]), ohne welchen viele Gesetze [19]) nicht verstanden werden können. An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen läßt sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt haben würde [20]). Es kann auch die eigene Sache des einen Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche Sache der



18) *L. 5. pr. D. Si ususfruct. petat.* Qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; *neç enim potest ei suus fundus servire.* Der Nießbrauch, der dem Eigenthümer an seiner Sache zusteht, ist ein Recht des Eigenthums, keine Servitut; daher kommt dem Eigenthümer gegen den, welcher ihn in der Ausübung desselben hindert, nicht die confessorische, sondern die negatorische Klage zu. S. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. §. 966.

19) Daraus sind z. B. *L. 42. §. 1. D. de usufr. L. 10. D. de usu et usufr. leg.* zu erklären. S. WESTPHAL §. 533.

20) *L. 10. D. usufruct. quemadm. caveat.* wo es heißt: Si servi, qui nobis communis erat, *usumfructum* tibi legavero: *necessaria erit haec cautio* (usufructuaria) *heredi meo.* Quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri: tamen causa ususfructus, *qui tuus proprius est*, ad officium communi dividundo iudicis non pertinebit. Daß hier von dem usufructu formali die Rede sey, beweist die hier anerkannte Nothwendigkeit der Caution. Es läßt sich also nicht schlechthin mit THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 604. behaupten, daß man auf eine gemeinschaftliche Sache keine Servitut erwerben könne, man sehe vielmehr WESTPHAL §. 536.

eigenen dienstbar seyn [21]). Keinesweges aber können die aus der Communion herfliessenden Rechte in dem Verhältniß als Servituten zu einander betrachtet werden, so daß deshalb unter den Miteigenthümern die confessorische Klage Statt hätte; sondern hier muß ein Socius gegen den andern mit der actio communi dividundo seine Rechte verfolgen, wenn der Beklagte gegen den Willen des Klägers auf der gemeinschaftlichen Sache ein nachtheiliges Werk unternimmt [22]). Auf eine Servitut hingegen

21) *L. 27. pr. D. de Serv. praed. urb.* Sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes: ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias immissum sit: nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum: mihi enim soli tecum est actio. Hier ist nicht, wie FABER in Rational. ad h. L. irrig meint, von der actio communi dividundo, sondern von der negatoria die Rede, und das rem perdere heißt nicht libertatem praedii amittere, sondern opus factum destruere, welches zur Vertheidigung des Besitzes erlaubt ist. S. WESTPHAL §. 536. Not. 483. pag. 331. sq.

22) *L. 26. D. de servit. praed. urb.* In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat: *nulli enim res sua servit.* Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit, sed per *communi dividundo actionem* consequitur socius, quominus opus fiat: aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest, opus tolli. Daß diese Stelle von der actio confessoria rede, welche unter Miteigenthümern nicht Statt findet, bemerkt auch WESTPHAL c. l. Not. 481. pag. 331. Daß hingegen die actio communi dividundo die hier passende Klage sey, erhellet aus *L. 28. D. commun. divid.*

gegen kann keine neue Dienstbarkeit, sondern nur allenfalls ein persönliches Recht auf Lebenszeit erworben werden [23]).

4) Das Recht, welches uns vermöge der Servitut auf einer fremden Sache zusteht, kann nur entweder darin bestehen, daß der Eigenthümer derselben etwas leide, oder daß er etwas unterlasse. Denn da das Eigenthum nur a) freyes Selbsthandeln des Eigenthümers im Betreff seiner Sache, und b) Ausschliessung eines jeden Dritten von aller Rechtsausübung im Betreff derselben enthält; so kann nothwendig die Beschränkung desselben, und Entäußerung der Eigenthumstheile, welche die Dienstbarkeit enthält, auch nur darin bestehen, daß der Eigenthümer entweder a) einer ihm sonst zuständigen Disposition über seine Sache sich enthalte, ohne positive Uebertragung derselben auf einen Dritten, z. B. sein Haus nicht höher baue; oder daß er b) leidet, daß ein Dritter dieselbe ausübe, ohne denselben ausschliessen zu dürfen, z. B. die Früchte der Sache sich zueigne, über des andern Grundstück gehe oder fahre. In jenem Falle wird die Servitut eine negative, in diesem aber eine affirmative genennt. Hieraus erklärt sich nun auch ganz natürlich, warum

23) *L. 1. D. de usu et usufr. legat.* Nec usus nec ususfructus itineris, actus, viae, aquae ductus legari potest, *quia servitus servitutis esse non potest.* Nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. *Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet.* Die actio incerti ist die actio personalis ex testamento. S. WESTPHAL §. 538. pag. 333.

# Ausführliche Erläuterung

der

# Pandecten

nach

## Hellfeld

# ein Commentar

von


## D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.


---

## Neunten Theils erste Abtheilung.


Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1808.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Lib. VII. Tit. I.

# De uſufructu, et quemadmodum quis utatur fruatur.

## §. 620.

### Entwickelung des Begriffs von *Servitus* oder Dienſtbarkeit.

Von der Vindikation körperlicher Sachen oder den Eigenthumsklagen kommen die Verfaſſer der Pandecten auf diejenigen Realklagen, die wegen der Servituten Statt haben. Ulpian [1]) rechnet dahin, die *actio confeſſoria* und *negatoria*. Allein es iſt, wie ſchon an einem andern Orte [2]) bemerkt worden iſt, im Grunde die Eigenthumsklage, womit man die Freyheit des Eigenthums von einer Servitut behauptet [3]). Hingegen iſt die *actio confeſſoria* die eigentliche vindicatio ſervitutis, welche aus dem Rechte der Dienſtbarkeit ſelbſt entſpringt. Indeſſen iſt von beyden hier zu handeln. Es iſt nun zu-

vör-

1) *L.* 2. *pr. D. Si ſervitus vindicet.* De ſervitutibus in rem actiones competunt nobis tam confeſſoria, quam negatoria: *confeſſoria* ei, qui ſervitutem ſibi competere contendit: *negatoria* domino, qui negat.

2) S. im 8ten Theil §. 576. Not. 61. S. 26.

3) Vergl. Hugo Lehrbuch der Pandecten. (Dritte Aufl. Berlin 1805.) §. 195.

vörderst eine genaue Erörterung der Lehre von Servituten vorauszuschicken. Diese Lehre ist eine von denen, deren Entwickelung mit nicht geringen Schwierigkeiten verknüpft ist, und sie kann mit Recht ein Meisterstück des juristischen und philosophischen Geistes der Römer genennt werden. Im Ganzen ist sie vom **Westphal** [4]) meisterhaft bearbeitet worden. Doch verdient auch **Joh. D'Avezan** [5]) empfohlen zu werden. **Emund Merill** [6]), **Janus a Costa** [7]) und **Franz Ramos del Manzano** [8]) erläutern hingegen blos den ersten Titel des 8ten Buchs de Servitutibus, und zwar letzter wissenschaftlich, die beyden erstern aber exegetisch. Bey weitem gründlicher ist jedoch die wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des römischen Rechts von den dinglichen Dienstbarkeiten vom Herrn Prof. **Zachariä** [9]). Die Schriften über einzelne Materien werde ich am gehörigen Orte anzeigen.

Es kommt nun zuvörderst auf den Begriff von Servitut oder Dienstbarkeit an. Hier ist vor allen Dingen

4) Interpretationes iuris civ. de libertate et servitutibus praediorum artis ordine digestae. *Lipsiae* 1773. 8.

5) Servitutum liber in *Ger.* MEERMANI *novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. IV. pag. 119. sqq.

6) Ad Tit. Dig. de Servitutibus Commentarius: in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 634. sqq.

7) Ad Tit. 1. Libr. 8. D. de Servitutib. mit *B.* VOORDA Anmerkungen in *Iani a* COSTA *Praelection. ad illustriores quosdam Titulos locaque selecta iuris civ. Lugd. Batav. 1773. 4.*

8) Commentar. ad tit. D. de Servitutibus. in *Ger.* MEERMANI *Thes. cit.* Tom. VII. pag. 43. sqq.

9) In Hugo civilistischen Magazin 2. Band. S. 328. ff.

gen zu bemerken, daß der Begriff von Servitut im Personenrecht, von dem im Sachenrecht ganz verschieden sey; beyde dürfen daher nicht, wie vom Bartolus geschehen ist, mit einander verwechselt werden. Dort hieß *Servitus* (Sklaverey) der Zustand eines Menschen, vermöge dessen er sich in dem Eigenthum eines Andern befindet. Von dieser konnte man mit Wahrheit sagen: *domino res sua servit.* Denn auch Sklaven wurden als Sachen betrachtet. Sie waren die eigene Sache ihres Herrn. Dahingegen widerstreitet es der Natur einer Servitut im Sachenrecht, daß dem Eigenthümer seine eigene Sache diene. Vielmehr ist eine Sache für desto freyer zu halten, je unumschränkter der Eigenthümer darüber zu verfügen berechtiget ist. Hier sagt man nur dann, die Sache sey dienstbar, wenn das Verfügungsrecht des Eigenthümers durch fremde Einwirkung beschränkt wird, so daß derselbe zum Nutzen eines andern Subjects nicht alles das thun darf, wozu er sonst als Eigenthümer berechtiget seyn würde.

Hier wird also Servitut der Freyheit des Eigenthums entgegengesetzt, von welcher letztern an einem andern Orte [10]) gehandelt worden ist, und darunter im eigentlichen Sinn eine die Freyheit des Eigenthums beschränkende moralische Eigenschaft einer Sache verstanden, vermöge welcher der Eigenthümer derselben, zum Vortheil eines Andern, in gesetzmäßiger Art etwas zu leiden oder



10) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 576. S. 44. Ist eine Sache von aller Dienstbarkeit frey, so heißt sie *res optima maxima. L. 90. et L. 169. D. de Verb. Signific.*

zu unterlassen verpflichtet ist [11]). Ulpian [12]) drückt in dieser Hinsicht das Wesen der Servitut sehr richtig aus, wenn er sagt, es sey eine qualitas rei *imposititia*, qua quis *ius suum deminuit*, alterius auxit.

So wie nun durch jede Servitut auf der einen Seite das Recht des Eigenthümers, der sie auf seiner Sache leiden muß, vermindert wird; so begründet sie auf Seiten desjenigen, zu dessen Vortheil sie bestellet worden ist, ein dingliches Recht, eine fremde Sache innerhalb den bestimmten und gesetzmäßigen Gränzen zu benutzen, und da aus diesem dinglichen Rechte nur eigentlich die vindicatio servitutis, d. i. die *actio confessoria* entspringt, so ist daher zu erklären, warum die römischen Rechtsgelehrten sich unter einer Servitut immer nur ein Recht gedenken. Daher sagt z. B. Cajus [13]): Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est, *de iure*, id est, *de servitute*, opus novum nunciare: *nam ei vindicatio servitutis datur*; und Paulus [14]) sagt: Ususfructus est *ius* alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Es geschieht demnach im uneigentlichen Sinn, wenn

11) Ueber den Begriff vergleiche man *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. IX. cap. 21. pag. 476. *Lud* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 2 (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 658. sq.) *Io. D'* DAVEZAN Servitutum liber P. II. Cap. 1. (bey MEERMANN T. IV. pag. 125.) *Arn.* VINNII Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 2. nr. 5. und *Io. Frid.* WAHL Diss. de Servitutibus. *Goettingae* 1748. Meletem. I.

12) *L. 5. §. 9. in fin. D. de operis novi nunciat.*

13) *L. 9. D. eodem.*

14) *L. 1. D. h. t.*

wenn Servitut, für Dienstbarkeitsrecht, *ius servitutis*, genommen, das dingliche Recht auf einer fremden Sache genennt wird, welches dem Eigenthümer die Pflicht auflegt, zum Vortheil eines Andern entweder etwas zu leiden, und zu gestatten, was er sonst, als Eigenthümer, nicht zu leiden und zu gestatten schuldig wäre, oder etwas zu unterlassen, wozu er sonst, als Eigenthümer, befugt wäre. Wenn Hellfeld sagt: SERVITUS *est ius reale, utilitatem percipiendi ex re aliena*, so ist dieser Begriff nicht genau genug bestimmt. Denn zum genauen Begriff gehört auch noch, daß die Benutzung der fremden Sache durchaus nur in einem Rechte auf das Leiden, oder auf das Nichtthun des Eigenthümers bestehen muß [15]).

Eine Servitut ist also

1) ein dingliches Recht, welches dem Berechtigten vermöge einer der dienenden Sache inhärirenden Qualität zusteht. Sie kann daher nach der Regel: res cum sua causa transfertur [16]), gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden. Bin ich hingegen blos *ex iure obligationis* befugt, eine fremde Sache zu benutzen, z. B. weil sie mir geliehen oder verpachtet worden ist, so muß zwar auch der Eigenthümer etwas leiden, allein mein Recht ist keine Servitut, denn es hört auf,

 wenn

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 60. (der dritten Aufl.)

16) *L. 67. D. de contrab. emt. L. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom.* In dieser letztern Stelle heißt es: Quoties dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, *quale fuit apud eum, qui tradit.* Si *servus* fuit fundus, *cum servitutibus tranſit*; si liber, uti fuit.

wenn der Eigenthümer seine Sache veräußert, und der Käufer mir es nicht ferner gestatten will.

2) Bey einer Servitut ist immer eine Sache Object des Rechts. Sie kann daher nicht auf der Person des Eigenthümers ruhen. Ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, daß er und alle künftige Besitzer seiner Sache, zu Gunsten einer andern Person oder Sache, gewisse dem Promissar vortheilhafte positive Handlungen leisten wollen, würde zwar den Promittenten, und etwa auch desselben Erben verbinden, so wie dem Promissar und allenfalls desselben Erben ein Recht geben; keinesweges aber kann es den Singularsuccessoren beyder Contrahenten nachtheilig oder nützlich seyn. Denn es ist ein Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten ein Recht erwerben, noch vollkommen daraus verpflichtet werden könne. Es kann also eine auf die Person der Contrahenten eingeschränkte Verbindlichkeit keine Servitut seyn, weil sie der Natur einer Dienstbarkeit widerstreitet, als welche allen Besitzern der dienenden Sache eine Last auflegen soll. Hieraus erklärt sich der Grundsatz des römischen Rechts: *Nullam servitutem in faciendo consistere posse* [17]).

3) Jede Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache. Daher kann man auf seiner eignen Sache keine

17) *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* Man vergleiche hier vorzüglich Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 2. Abh. Schömans Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. VII. S. 378. ff. und Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 10. bey Hugo im civilist. Magazin 2. B. S. 337. f.

keine Dienstbarkeit ausüben. Es ist vielmehr ein unbezweifelter Grundsatz: *rem suam nemini servire* [18]), ohne welchen viele Gesetze [19]) nicht verstanden werden können. An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen läßt sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt haben würde [20]). Es kann auch die eigene Sache des einen Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche Sache der



18) *L. 5. pr. D. Si ususfruct. petat.* Qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; *nec enim potest ei suus fundus servire.* Der Nießbrauch, der dem Eigenthümer an seiner Sache zusteht, ist ein Recht des Eigenthums, keine Servitut; daher kommt dem Eigenthümer gegen den, welcher ihn in der Ausübung desselben hindert, nicht die confessorische, sondern die negatorische Klage zu. S. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. §. 966.

19) Daraus sind z. B. *L. 42. §. 1. D. de usufr. L. 10. D. de usu et usufr. leg.* zu erklären. S. WESTPHAL §. 533.

20) *L. 10. D. usufruct. quemadm. caveat.* wo es heißt: Si servi, qui nobis communis erat, *usumfructum* tibi legavero: *necessaria erit haec cautio* (usufructuaria) *heredi meo.* Quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri: tamen causa ususfructus, *qui tuus proprius est*, ad officium communi dividundo iudicis non pertinebit. Daß hier von dem usufructu formali die Rede sey, beweist die hier anerkannte Nothwendigkeit der Caution. Es läßt sich also nicht schlechthin mit THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 604. behaupten, daß man auf eine gemeinschaftliche Sache keine Servitut erwerben könne, man sehe vielmehr WESTPHAL §. 536.

eigenen dienstbar seyn [21]). Keinesweges aber können die aus der Communion herfliessenden Rechte in dem Verhältniß als Servituten zu einander betrachtet werden, so daß deshalb unter den Miteigenthümern die confessorische Klage Statt hätte; sondern hier muß ein Socius gegen den andern mit der actio communi dividundo seine Rechte verfolgen, wenn der Beklagte gegen den Willen des Klägers auf der gemeinschaftlichen Sache ein nachtheiliges Werk unternimmt [22]). Auf eine Servitut hingegen

21) *L. 27. pr. D. de Serv. praed. urb.* Sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes: ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias immissum sit: nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum: mihi enim soli tecum est actio. Hier ist nicht, wie FABER in Rational. ad h. L. irrig meint, von der actio communi dividundo, sondern von der negatoria die Rede, und das rem perdere heißt nicht libertatem praedii amittere, sondern opus factum destruere, welches zur Vertheidigung des Besitzes erlaubt ist. S. WESTPHAL §. 536. Not. 483. pag. 331. sq.

22) *L. 26. D. de servit. praed. urb.* In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat: *nulli enim res sua servit.* Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit, sed per *communi dividundo actionem* consequitur socius, quominus opus fiat: aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest, opus tolli. Daß diese Stelle von der actio confessoria rede, welche unter Miteigenthümern nicht Statt findet, bemerkt auch WESTPHAL c. l. Not. 481. pag. 331. Daß hingegen die actio communi dividundo die hier passende Klage sey, erhellet aus *L. 28. D. commun. divid.*

gegen kann keine neue Dienstbarkeit, sondern nur allenfalls ein persönliches Recht auf Lebenszeit erworben werden [23]).

4) Das Recht, welches uns vermöge der Servitut auf einer fremden Sache zusteht, kann nur entweder darin bestehen, daß der Eigenthümer derselben etwas leide, oder daß er etwas unterlasse. Denn da das Eigenthum nur a) freyes Selbsthandeln des Eigenthümers im Betreff seiner Sache, und b) Ausschliessung eines jeden Dritten von aller Rechtsausübung im Betreff derselben enthält; so kann nothwendig die Beschränkung desselben, und Entäußerung der Eigenthumstheile, welche die Dienstbarkeit enthält, auch nur darin bestehen, daß der Eigenthümer entweder a) einer ihm sonst zuständigen Disposition über seine Sache sich enthalte, ohne positive Uebertragung derselben auf einen Dritten, z. B. sein Haus nicht höher baue; oder daß er b) leidet, daß ein Dritter dieselbe ausübe, ohne denselben ausschliessen zu dürfen, z. B. die Früchte der Sache sich zueigne, über des andern Grundstück gehe oder fahre. In jenem Falle wird die Servitut eine negative, in diesem aber eine affirmative genennt. Hieraus erklärt sich nun auch ganz natürlich, warum

23) *L. 1. D. de usu et usufr. legat.* Nec usus nec ususfructus itineris, actus, viae, aquae ductus legari potest, *quia servitus servitutis esse non potest.* Nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. *Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet.* Die actio incerti ist die actio personalis ex testamento. S. WESTPHAL §. 538. pag. 333.

um auch der successor singularis das Recht der Dienstbarkeit anerkennen muß. Denn jeder ist befugt, von seinem Eigenthum so viel wegzugeben, als ihm beliebt. Hat sich nun der Eigenthümer eines oder mehrerer Theile seines Eigenthums vertragsmäßig begeben, es sey nun, daß er solche entweder blos von dem Eigenthum abgerissen, oder daß er die Ausübung der losgerissenen Theile auf einen Andern oder desselben Sache übertragen habe, so ist dadurch das Eigenthum beschränkt, und ein fortdauerndes Verhältniß des Nichtmehrvorhandenseyns ehemals dagewesener Eigenthumstheile, und zwar zu Gunsten einer Person oder Sache, eingeführt. Wie nun der künftige Erwerber der dienenden Sache das Eigenthum derselben mehr oder weniger beschränkt findet, so, und nicht anders, steht es ihm zu [24]). Noch ist jedoch zu bemerken, daß das Recht der Servitut zuweilen auch eine Disposition über die Substanz der Sache enthalten kann, sofern es die Art der eingeräumten Benutzung mit sich bringt [25]). So z. B. darf der Nutznießer eines Landguts die auf demselben befindlichen Weinberge und Baumgärten allenfalls eingehen lassen, und an deren Stelle Metallgruben und dergleichen anlegen, wenn etwa letztere größern Gewinn gewähren, als die Weinberge und Baumgärten, und sonst in Beziehung auf die ganze Bewirthschaftung des Guts für den Proprietär kein Nachtheil aus dieser Veränderung entsteht. Denn durch eine solche Umschaffung von Anlagen

24) Man vergleiche Schömans Handbuch des Civilrechts. 1. Band. Nr. VII. S. 381. f. und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Th. 2. Abh. S. 33. f.

25) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 603.

gen auf einem Gute, die schon einmal zur Gewinnung von Einkünften bestimmt sind, in andere, wodurch die Einkünfte in der That vermehrt werden, hört das Grundstück nicht auf ein Landgut zu seyn, vielmehr ist eine solche Veränderung meistens für jeden Besitzer des Guts zuträglich. Hierher gehört die neuerlich in Streit gezogene Stelle **Ulpians** [26]), in welcher es heißt: Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas ipse usufructuarius instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, *si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est.* Proinde venas quoque lapidicinarum et huius-

modi

26) *L. 13. §. 5. D. de usufr.* Hr. Hofr. Feuerbach in den civilist. Versuchen 1. Th. Nr. IV. S. 135. glaubt, diese Stelle stehe mit andern Stellen Ulpians im Widerspruch, in welchen dieser Jurist die Befugniß des Nutznießers in Ansehung vorzunehmender Veränderungen dergestalt beschränkt, daß obiger Ausspruch damit überall nicht zu vereinbaren sey. Man vergleiche z. B. *L. 7. §. 3. L. 8. D. de usufr. L. 44. L. 61. D. eodem.* Er schlägt daher eine Veränderung in der Interpunction, so wie in der Abtheilung der Worte dieses Fragments vor, wodurch aller Widerspruch gehoben werden könne. Allein wie wenig in den angeführten Fragmenten ein wahrer Widerspruch vorhanden sey, wenn man mit Ulpian zwischen Landgütern und Gebäuden unterscheidet, bey welchen letztern sich der Nutznießer freylich blos auf das Erhalten des vorhandenen (*tueri*, quod accepit) einzuschränken hat, und wie wenig daher eine Veränderung in der gewöhnlichen Interpunction und Abtheilung der Worte der angef. *L. 13. §. 5.* nöthig sey, hat Herr OARath Hagemeister in einer lesenswürdigen Abhandlung über Fr. 13. §. 5. D. de usufr. und dessen neueste Emendation bey Hugo im civilist. Magazin 3. B. 3. Heft. Nr. XIII. S. 257. ff. aus ganz einleuchtenden Gründen gezeigt.

modi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri et argenti, et ſulphuris, et aeris et ferri, et caeterorum fodinas, vel quas paterfamilias inſtituit, exercere poterit, vel ipſe inſtituere, *ſi nihil agriculturae nocebit. Et ſi forte in hoc, quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis, vel arbuſtis, vel olivetis, quae fuerunt, forſitan etiam haec deiicere poterit; ſiquidem ei permittitur, meliorare proprietatem.*

5) Jede Servitut, wenn ſie als ſolche gelten ſoll, muß immer einem beſtimmten Subject zum Nutzen gereichen. Es kann daher keine Dienſtbarkeit gültig conſtituirt werden, wobey nicht der Erwerbende irgend ein, auf Gewinn oder Annehmlichkeit berechnetes Intereſſe hat. Es lehrt dies nicht nur ſchon die Natur der Sache ſelbſt, weil ein Recht überhaupt (materialiter) ein Mittel zu einem gewiſſen Zwecke iſt; ſondern die Geſetze erfordern auch dieſes zur Gültigkeit einer Servitut ausdrücklich. Quoties nec hominum nec praediorum ſervitutes ſunt, ſagt **Pomponius** [27]), *quia nihil vicinorum intereſt*, non valet: veluti, *ne per fundum tuum eas, aut ibi conſiſtas.* Et ideo, ſi mihi concedas, *ius tibi non eſſe fundo tuo uti frui*, nihil agitur: aliter atque ſi concedas mihi, *ius tibi non eſſe in fundo tuo aquam quaerere*, minuendae aquae meae gratia. Zwar ſcheint dagegen aus einer andern Stelle ein nicht unerheblicher Einwurf gemacht werden zu können. Denn ſo ſagt **Labeo** [28]): Ei fundo, quem quis vendat, ſervitutem imponi, *etſi non utilis ſit*, poſſe exiſtimo; veluti ſi aquam alicui ducere non expe-

27) *L. 15. pr. D. de Servitut.*

28) *L. 19. D. eodem.*

expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim *debere* [29]) *habere possumus*, quamvis ea *nobis* utilia non sunt. Allein bey einer nähern Betrachtung dieser Stelle ergiebt sich daraus nur soviel, daß eine Servitut schon dann constituirt werden könne, wenn nur überhaupt das Grundstück, insofern nämlich ein solches das Subject des Rechts ist, dadurch gewinnt, daß es aber gleichgültig sey, ob gerade dieser Besitzer einen Nutzen daraus ziehe [30]). Sie bestätigt also vielmehr den Grundsatz, daß das Recht, welches ein Grundstück durch eine Servitut erwirbt, jederzeit ein diesem Grundstücke, also nicht blos diesem oder jenem Besitzer desselben, nützliches Recht seyn müsse, das heißt, daß es sich als ein Mittel zu den durch die Natur des Grundstücks bestimmten Zwecken desselben verhalten müsse. Es folgt hieraus weiter, daß eine Servitut, die einen blos zufälligen und willkührlichen Genuß dieses oder jenes Eigenthümers zum Zweck hat, nicht constituirt werden könne. Paulus [31]) sagt: Ut pomum decer-

29) Das *debere habere* erklärt IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 74. durch habere ius faciendi quid in alieno, percipiendive ex alieno. oder habere aliquem obstrictum ad nobis, ubi velimus, praestandum quid permittendumve.

30) S. Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 5. bey Hugo im civilist. Magazin 2. Band S. 334.

31) *L. 8. pr. D. de Servitut.* Man stelle sich hier den Fall vor: A. hat ein Landgut, worauf, wie immer, Platz genug zum spatziren gehen, speisen, und Obst zum Abpflücken in Menge ist. Er weiß nicht, was er vor lieber langer Weile thun soll, und hat, wie es oft bey den reichen Landedelleuten der Fall ist, thörigte

cerpere liceat, et ut ſpatiari, et ut coenare in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt. Ganz recht; denn hier wäre ja die Servitut kein Mittel, wodurch die Zwecke des Eigenthümers, als Eigenthümers, erreicht würden [32]). Keinesweges aber läßt ſich hieraus folgern, daß eine Servitut nicht der bloßen Annehmlichkeit wegen errichtet werden könne. Nicht nur **Pomponius** [33]) ſagt das Gegentheil ausdrücklich: Hoc iure utimur, ſind ſeine Worte, ut etiam non ad irrigandum, ſed pecoris cauſa, vel *amoenitatis* aqua duci poſſit; ſondern es läßt ſich dieſer Satz auch ſchon darum mit Grund nicht bezweifeln, weil bekanntlich die römiſchen Juriſten über die Rechtmäßigkeit der Servitus proſpectus et ne proſpectui officiatur vollkommen einverſtanden waren [34]). Es iſt auch ganz unerweislich, wenn **Noodt** [35]) behaupten will, daß nach

thörigte Gelüſte. Er läßt ſich alſo von ſeinem Nachbar die genannte Servitut einräumen. Mit Recht, ſagt Paulus, könne eine ſolche Servitut nicht als ein dem Landgut erworbenes Recht beſtehen, weil dabey das Grundſtück nichts gewinnt, und nicht vorauszuſetzen iſt, daß jeder nachfolgende Beſitzer eben ſo kindiſch ſeyn werde, wie es ſein Vorgänger war.

32) S. Zachariä §. 6. bey Hugo S. 335. Man vergleiche auch *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 2. nr. 14. (in *Ev.* OTTONIS Theſ. iur. Rom. Tom. II. pag. 662.) und WESTPHAL de libert. et ſervitut. praedior. §. 589.

33) *L. 3. pr. D. de aqua quotidiana.*

34) *L. 3. L. 15. et 16. D. de ſervitut. praed. urb.*

35) Probabil. Lib. I. cap. 2. et 3. Gleichwohl hat dieſe Hypotheſe bey vielen neuern Rechtsgelehrten Eingang gefunden. Man ſ. Höpfners Commentar über die Inſtitut. §. 347.

nach der Strenge des ältern Rechts eine servitus amoenitatis causa constituta unzulässig gewesen, und solche erst nach dem neuern, auf prätorischer Billigkeit beruhenden, Gerichtsgebrauche durch Interdicte geschützt worden sey, welche Meinung von Thibaut[36]) gründlich widerlegt worden ist.

6) Das Subject, welchem das Recht der Dienstbarkeit zusteht, kann entweder eine Person, oder eine Sache seyn. Daher sind die Servituten theils persönliche, theils dingliche, von welcher Eintheilung unser Verf. im folgenden §. handelt.

## §. 621.

### Persönliche und dingliche Servituten. Was sind servitutes *irregulares* seu *extraordinariae*?

Steht eine Servitut blos dem Berechtigten für seine Person zu, so lange er lebt, so wird sie eine persönliche, *servitus personalis*, genannt. Steht hingegen die Dienstbarkeit einem Grundstücke auf einem andern Grundstück dergestalt zu, daß sie im Ganzen jedem Besitzer vom Werth, nützlich oder angenehm, ist, und daher von jedem Besitzer ausgeübt werden kann, so heißt sie eine dingliche, *servitus realis*[37]). Persönliche Dienstbarkeiten werden

36) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Band 1. Abhandl.

37) *L. 6. L. 36. D. de Serv. praed. rusticor. L. 12. D. Commun. praed.* S. Zachariä wissenschaftliche Entwickelung §. 1. bey Hugo im civ. Mag. II. 329. WESTPHAL §. 522.

den in den Gesetzen *servitutes personarum*[38]), auch *servitutes hominum*[39]) genennt; dingliche Dienstbarkeiten hingegen heißen *servitutes rerum*[40]), auch *servitutes praediorum*[41]), ja sie werden vorzugsweise durch den Namen SERVITUTES schlechthin bezeichnet[42]). Wir bemerken von den letztern Folgendes.

1) Keine Realservitut kann an irgend einer beweglichen Sache zustehen.

2) Zum Wesen derselben wird schlechterdings erfordert, daß sie für jeden Besitzer ein Interesse haben müsse. Hat sich der jetzige Eigenthümer blos zu seinem Vergnügen oder zum Behuf seines Gewerbes eine Servitut auf dem Grundstück seines Nachbars einräumen lassen; so kann eine solche Servitut nicht als Realdienstbarkeit bestehen, weil sie nicht für jeden Besitzer der Sache

38) *L. 1. D. de Servitut.* Servitutes aut *personarum* sunt, ut usus et ususfructus; aut *rerum*, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.

39) *L. 15. D. de Servitut.*

40) *L. 1. cit. eod.*

41) *§. 3. I. de Servitut.* Ideo autem haè *servitutes praediorum* appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium. *L. 1. §. 1. D. Commun. praedior.*

42) Z. B. in der Rubrik des Titels der Pandecten *de servitutibus.* Ferner *de servitute legata.* Aus dieser Bemerkung erhalten manche Stellen der Pandecten ihr Licht. Z. B. *L. 44. D. Locati. L. 8. D. de Servitut.* S. *Abr.* WIELING Lection. jur. civ. Lib. I. cap. 17. pag. 58. und HOFACKER T. II. §. 1082. not. b.

che ein Interesse hat. Sie giebt also blos dem Erwerber ein persönliches Recht [43]), oder die Servitut wird als eine bloße Personalservitut angesehen [44]).

3) Bey einer jeden Realservitut kommen zwey Grundstücke vor, die sich zu einander als Subject und Object des Rechts verhalten,

a) das berechtigte oder herrschende Grundstück (*praedium dominans*), dem das Recht der Dienstbarkeit zusteht; und

b) das verpflichtete, oder dienstbare Gut, (*praedium serviens*) worauf die Last der Servitut haftet, und dessen Besitzer die Servitut leiden müssen. Dieses ist also das Object des Rechts, jenes das Subject des Rechts. Beyde Grundstücke müssen nun aber auch schon ihrer natürlichen Lage nach dazu geeigenschaftet seyn, daß eins dem andern dienen kann. Daher die Regel: *praedia debent esse vicina* [45]). Jedoch wird dazu nicht immer

43) *L. 8. pr. D. de Servitut.* S. *Iac.* CUJACII Obsservat. Lib. XXIV. cap. 22. *Lud.* VITALIS Lection. var. iuris civ. Lib. II. cap. 2. nr 14. bey *Ev.* OTTO in *Thes. iur. Rom.* T. II. p. 662. und WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 589. not. 523. pag. 376.

44) *L. 6. D. de Servitut. praedior. rust.* S. Thibaut Versuche 1. Band S. 9. u. 22.

45) *L. 38. D. de servit. praed. urb.* sagt Paulus: Si aedes meae a tuis aedibus tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat: servitus imponi non potest. Nemo enim, heißt es weiter *L. 39.* sq., propriis aedificiis servitutem imponere potest, nisi et is, qui cedit, et is, cui

immer gerade Angränzung erfordert, sondern es muß nur das dienende Gut in paßlicher Nähe bey dem herrschenden liegen, so daß letzteres den bestimmten Nutzen aus dem erstern ziehen kann [46]). Auch darf eine Realservitut nicht über die Bedürfnisse des berechtigten Guts ausgedehnt, und überhaupt nie weiter eingeräumt werden, als so weit sie mittelst des berechtigten Grundstücks Nutzen bringt [47]).

4) Zu-

cui ceditur, in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit. Und *L. 7. §. 1. D. de Servit. praed. rust.* sagt eben dieser röm. Jurist: In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit. Es ist nämlich daselbst die Rede von der servitute itineris, actus, et viae.

46) *L. 5. §. 1. D. de servit. praed. rustic.* sagt Neratius: Nec haustum pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae, calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. Hier kann doch gewiß von keiner Angränzung die Rede seyn; sondern der Satz, von welchem Neratius bey seiner Behauptung ausging, war ganz allein der, daß dem rechtlichen Verhältniß beyder Grundstücke, auch schon ihre natürliche Lage angemessen seyn müsse. Noch deutlicher erhellet dies aus *L. 6. pr.* und *L. 7. §. 1. D. Communia praedior.* S. Noodt Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 12. und Heinr. Georg Wittich System des heutigen Civilrechts. 2. Band §. 199. S. 47. ff.

47) *L. 5. §. 1. D. de servit. praed. rustic.* sagt: Ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, *non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* Und *L 24. D. eod.* heißt es: Ex meo aquae ductu, *Labeo* scribit, cuilibet posse me vicino commodare. *Proculus* contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit. *Proculi* sententia verior est. Noodt Probabil.

Lib.

4) Zuweilen kann eine Servitut, die sonst gewöhnlich eine dingliche ist, demjenigen blos als eine persönliche ertheilt werden, der kein benachbartes Grundstück besitzt. Solche Servituten nennt man dann *irregulares, extraordinarias*, oder *anomalas* [48]), und sind insofern wahre Dienstbarkeiten, daß sie ein dingliches Recht auf der damit beschwerten fremden Sache geben, welches auch durch die confessorische Klage geltend gemacht werden kann, nur daß es mit der Person des Berechtigten erlöscht. So z. B. sind die servitutes pecoris pascendi, et ad aquam appellendi, ferner aquae haustus, gewöhnlich Prädialdienstbarkeiten [49]). Allein sie können auch eben so gut, als blos persönliche ertheilt werden. Zwar scheint Ulpian [50]) das Gegentheil zu lehren, wenn er sagt: Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae; tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. Allein, wenn gleich viele [51]) diese



Lib. I. cap. 2. et 3. meint zwar, der billige Gerichtsgebrauch sey in der Folge von diesem Rechtssatz abgewichen, allein ohne Grund. S. Thibaut Versuche 1. B. 1. Abh. S. 8. ff. und Wittich System des heutigen Civilrechts. 2. Band. §. 199. S. 49. Not. **)

48) S. BROEI Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 2. I. de Servitut. nr. 19. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 5. und *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de Servitutibus anomalis. *Ienae* 1700.

49) *L. 4. L. 5. pr. L. 20. §. 3. D. de servitut. praedior. rustic.*

50) *L. 14. §. fin. D. de aliment. vel cibar. legat.*

51) Z. B. *Marc.* LYCKLAMA *a* NIEHOLT Membranar. Lib. VI. Ecclog. 11. *Io. D'* AVEZAN Servitutum libro P. III. cap. 14. *Ian. a* COSTA in Commentar. ad Institut. Lib. II. cap. 3. §. 3. et

Stelle ohne alle Emendation zu erklären gesucht haben, so lehrt doch theils der ganze Zusammenhang, theils die Verbindung dieser Stelle mit andern, daß sowohl die Interpunction, als die Leseart selbst offenbar unrichtig sey [52]). Man lese also vielmehr so: *Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus; personae tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur* [53]). Es erhellet hieraus zugleich, daß diejenigen irren, welche das der Person ertheilte Recht für gar keine Servitut, sondern für ein bloßes ius obligationis, d. i. für ein persönliches Recht, halten wollen [54]).

5) Ei-

in Praelect. ad illustrior. quosd. Tit. locaque select. iur. civ. pag. 24. *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 17. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. und Westphal in dem System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 63. S. 39. f.

52) Man sehe vorzüglich *Arn.* VINNII Commentar. ad Institut. §. 2. de Servitut. nr. 1. *Pet.* DUIRSEMA Conjectural. iuris civ. (*Groeningae* 1714. 12.) Lib. I. cap. 5. *B.* VOORDA ad *Ian. a* COSTA Praelect. cit not. h. pag. 24. *Car. Frid.* WALCH Diss. de aquae hauriendae servitute. (*Ienae* 1754.) §. 3. (*Opusculor.* Tom. I. Sect. I. nr. 5.) und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Tom. II. not. b. pag. 1. sq.

53) Eben diese Leseart billigte auch WESTPHAL in seinem klassischen Werke de lib. et servit. praedior. §. 523. b. Not. 474. pag. 322. wenn er gleich in der oben Not. 51. angeführten neuern Schrift anderer Meinung ist. Die verbesserte Leseart nimmt auch THIBAUT im System des P. R. 2. B. §. 606. not. m. an.

54) Diese Meinung suchen besonders POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXXIV. Tit. 1. nr. III. not. h. pag. 412. und de COCCEJI c. l. zu vertheidigen. Man sehe aber dagegen

VIN-

5) Einige Dienstbarkeiten sind jedoch von der Art, daß sie nach Vorschrift der römischen Gesetze nie anders, als persönliche, ertheilt werden können. Dahin gehören ususfructus, usus, und habitatio. Diese werden daher *regulares* oder *ordinariae* genennt [55]).

## §. 622.

Eintheilung der Realservituten. Praedium *urbanum.* Praedium *rusticum.* Erläuterung der bestrittenen *L.* 2. *D. de servit. praed. rustic.*

Die dinglichen Servituten sind wieder zweyfach, entweder *urbanae* oder *rusticae.* Ob bey dieser Eintheilung auf das praedium dominans oder serviens zu sehen sey, ist zweifelhaft. Gewöhnlich nimmt man auf das erstere Rücksicht. Steht nämlich die Servitut einem praedio urbano zu, so nennt man sie *urbana;* steht sie hingegen einem praedio rustico zu, so wird sie *rustica* genennt. Dies ist die gemeine Erklärung, welche von den meisten angenommen wird [56]). Für diese Erklärung spricht, daß die Realservituten iura praediorum genennt



VINNIUS in Comm. ad rubr. Tit. Instit. de usufructu, und Höpfners Commentar §. 348.

55) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

56) VOET Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 4. *Io.* D'AVEZAN Servitutum libro P. III. cap. 15. bey MEERMAN T. IV. pag. 157. *Ian. a* COSTA ad L. 3. D. de Servitut. in Praelect. cit. pag. 29. sq. *Em.* MERILLIUS in Observat. Lib. I. cap. 32. und Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 12. WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 528. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1084. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 605. u. a. m.

werden, wie Justinian [57]) bemerkt; und wenn Ulpian [58]) sagt: Ideo hae *servitutes praediorum* appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. *Nemo enim potest servitutem adquirere*, vel *urbani* vel *rustici praedii*, *nisi qui habet praedium*; so bezieht sich dies offenbar auf das praedium dominans. Gleichwohl behaupten viele Rechtsgelehrten [59]), daß die Realservituten nach dem Object, d. i. in Rücksicht des dienenden Guts, in urbanas und rusticas einzutheilen wären. Diese berufen sich auf Ulpian [60]), welcher es für eine servitus urbana hält, *si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci* [61]). Das Haus, von welchem hier Ulpian redet, sey doch unstreitig das praedium serviens, und von diesem habe Ulpian die Servitut benennt. Ein gleiches Beyspiel von einer servitus, die sonst gewöhnlich rustica ist, gäben Paulus [62]) und Julian [63]) vom iter, diese Servitut sey urbana, wenn sie durch ein Haus eingeräumt werde, nur müsse

57) §. 3. I. *de reb. corp. et incorpor.*

58) *L. 1. §. 1. D. Commun. praedior.*

59) *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 1. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 1. EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not. d. *Chr. Lud.* CRELL Diss. servitutem altius tollendi in usucapione libertatis consistere §. 1. und besonders *Nicol.* PRAGEMANN Commentat. de genuina notione servitutis praediorum urbanorum. *Ienae* 1717. et recus. 1759. Cap. IV.

60) *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.*

61) Man sehe, was von dieser Stelle an einem andern Orte (8. Th. S. 319. Not. 35.) vorgekommen ist.

62) *L. 7. D. Commun. praedior.*

63) *L. 14. D. eodem.*

müsse der Berechtigte sich derselben bey Tage bedienen, damit nicht der Eigenthümer des dienenden Hauses zur Nachtzeit aufstehen, und dem Berechtigten das Haus öffnen dürfe [64]). Auch könne die Behauptung, welche Paulus [65]) aufstellt, wenn er sagt: Servitutes praediorum aliae *in solo*, aliae *in superficie* consistunt, nicht wohl anders, als in Beziehung auf das dienstbare Grundstück, verstanden werden.

Meines Erachtens lassen sich beyde Partheyen gar wohl vereinigen. Nimmt man nämlich das Wort Servitut in seiner eigentlichen Bedeutung, das ist, in dem oben (S. 3.) angegebenen passiven Sinn, für die einer Sache anklebende Eigenschaft, vermöge welcher der Eigenthümer derselben, zum Vortheil eines Andern, etwas leiden oder unterlassen muß; so kann natürlich bey der Bestimmung, welche Servitut eine urbana und welche eine rustica sey, nur auf das damit belastete Grundstück gesehen werden. Allein die römischen Rechtsgelehrten dachten sich unter einer Servitut im gewöhnlichern, obgleich uneigentlichen Sinn, vielmehr ein Recht auf einer fremden Sache; und in dieser Beziehung sahen sie denn auch natürlich blos auf das berechtigte Grundstück, wenn sie die Servituten, als iura praediorum, in servitutes *urbanas*, d. i. praediorum urbanorum, und *rusticas*, oder praediorum rusticorum eintheilten [66]). Es kommt also nur



64) *Christph. Lud.* CRELL Observationes de usu nocturno servitutum in praediis urbanis. *Vitemb.* 1756.

65) *L. 3. D. de Servitutib.*

66) *L. 1. L. 14. D. de Servitut. L. 2. D. de servitut. praed. urbanor. L. 6. D. eodem. L. 1. et 2. D. de servitut. praed. rusticor. Princ. I. eod.*

noch darauf an, was man unter einem *praedio urbano* und *ruſtico* verſteht? Die Geſetze verbinden mit dieſen Benennungen verſchiedene Begriffe, nach dem Unterſchiede der Materien, in welchen davon die Rede iſt. Andere in der Lehre von Servituten, andere in der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrechte, und wieder andere bey der Veräußerung der Güter eines Minderjährigen nach dem ältern römiſchen Rechte, wie **Arnold Vinnius** [67]) ſehr gründlich ausgeführt hat. Uns intereſſirt es vor jetzt bloß zu wiſſen, welche praedia in Anſehung der Servituten urbana, und welche ruſtica ſind? Hier iſt nun ſo viel ausgemacht, daß die ſonſt gewöhnliche Erklärung [68]), hergenommen aus dem Endzweck und Gebrauch, wozu die Grundſtücke beſtimmt ſind, durchgängig falſch ſey. Schon längſt haben unſere beſten Civiliſten [69]) angemerkt, daß es mit den Begriffen der Geſetze ſchlechterdings nicht übereinſtimme, wenn man zu den praediis urbanis diejenigen rechnete, welche zur Wohnung und zum Vergnügen, zu den ruſticis hingegen diejenigen, welche zum Feldbau und dem

67) Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 30.

68) Man vergleiche *Io. D'*AVEZAN Servitut. libr. P. III. cap. 16. (bey MEERMANN T. IV. pag. 157. ſq.) VOET Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. Libr. et Tit. §. 3. BROEUS in Expoſition. ad Imp. Iuſtin. Inſtitut. Lib. II. Tit. 3. §. 11. u. a. m.

69) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 4. *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 1. I. de ſervit. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. eund. Inſtit. nr. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. ſec. ord. Inſtitut. Lib. II. Tit. 3. §. 6. und *Guil.* SCHMUCK ad *Labitti* Uſum indicis Pandectar. Cap. IV. §. 7. not. d. in *Abr.* WIELING *Iurispr. reſtituta.* P. II. p. 76.

dem damit verknüpften ökonomischen Nutzen gehören. Denn auf solche Art würden auch Scheuren, Viehställe und andere zur Landwirthschaft bestimmte Gebäude als praedia rustica anzusehen seyn, da doch die Gesetze ein ganz anders lehren. Man höre nur hierüber den Ulpian [70]), wenn er sagt: *Urbana praedia* omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte *stabula* sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis. *Praedium urbanum* heißt also vielmehr in der Lehre von Servituten ein Gebäude, ohne Unterschied seiner Lage und Bestimmung, es mag in der Stadt, oder auf dem Lande liegen, es mag zur Wohnung, zum Vergnügen, oder zum Gebrauch der Landwirthschaft bestimmt seyn [71]). *Praedium rusticum* hingegen heißt hier ein leerer Platz, z. B. ein Acker, eine Wiese, ein Garten, eine area, d. i. ein solcher leerer Platz, wo keine Früchte gebauet werden, dergleichen man zum Dreschen, Trocknen, Bleichen u. dgl. gebraucht [72]). Die Richtigkeit dieser Begriffe ergiebt sich aus folgenden Stellen.

Justi-

70) *L. 198. D. de Verbor. Signific.*

71) Die *aedificia* wurden nach dem Gebrauche, wozu sie bestimmt waren, in *urbana* und *rustica* eingetheilt, *L. 41. §. 5. D. de legat. I. L. 180. pr. D. de Verb. Signif.* und jene aedes, diese aber villae genennt. *L. 211. D. de V. S.*

72) Hr. Kanzler Koch hat in einer eigenen Abhandlung: de praedio urbano et rustico. *Ienae* 1757. das wahre Verhältniß der Sache aus ächten Quellen gezeigt. Ihm sind auch die neuern fast durchgehends beygetreten. Man s. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1084. Webers Versuche über das Civilrecht S. 83. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 605. a. E.

Justinian sagt §. 1. *I. de Servitut.* Praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae *aedificiis* inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, *quoniam* AEDIFICIA OMNIA *urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint.*

Eben so Ulpian *L.* 1. *D. Communia praedior.* AEDIFICIA urbana quidem praedia appellamus: caeterum etsi in villa AEDIFICIA sint, aeque *servitutes urbanorum praediorum* constitui possunt.

Hierauf bezieht sich auch die Stelle des Paulus, wenn er *L* 3 *D. de Servitutibus* sagt: Servitutes praediorum aliae *in solo*, aliae *in superficie* consistunt. So verschieden auch diese Stelle erklärt wird [73]), so stimmen doch die meisten Rechtsgelehrten darin überein, daß sich dieselbe auf die Eintheilung der Realdienstbarkeiten in servitutes urbanas und rusticas beziehe, und so viel heißen solle: daß erstere zu ihrer Existenz ein Gebäude erfordern, dem sie zustehen, und an welchem sie auch ausgeübt werden, letztere aber nicht [74]). Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich nicht nur aus einer andern Stelle eben dieses römischen Juristen, welcher *L.* 20. *pr. D. de Servitut.*

73) S. WESTPHAL de libert. et servit. praed. §. 530. Not. 478.

74) Man vergleiche *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 13. *Os.* AURELIUS de variantib. Cujacii interpretat. Dispunct. XII. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 723. sqq.) *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. ad L. 3. cit. (bey OTTO Tom. cit. pag. 636.) *Io.* D'AVEZAN Servitut. libro P. III. cap. 15. (bey MEERMAN T. IV. pag. 157.) *Ian. a* COSTA ad eand. L. 3. in Praelectionib. pag. 29. und WESTPHAL §. 529.

*vitut.* sagt: Servitutes, *quae in superficie consistunt*, possessione retinentur. Nam si forte *ex aedibus meis* in *aedes tuas* tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem; sondern sie wird auch noch insonderheit durch die Auctorität des Harmenopulus [75]) bestärkt, welcher über jene Stelle auf folgende Art commentirt: *Quando enim quis viam vel iter vel aquaeductum per alienum agrum habet*, SERVITUS *haec* SOLI *dicitur: ubi vero aut tignorum in vicini aedes immittendorum, aut aquae ex tegulis effundendae, id est, stillicidii avertendi, aut oneris imponendi ius habet quisquam, ea* SERVITUS *est* SUPERFICIEI.

Aus dem allen erhellet nun also so viel, daß *Servitutes urbanae* solche Realdienstbarkeiten genennt werden, welche zum Nutzen eines Gebäudes ertheilt sind, und *rusticae* diejenigen heißen, welche einem andern Grundstück zum Nutzen dienen, das kein Gebäude ist, wenn gleich das Grundstück, auf welchem sie objectiv haften, ein Gebäude ist [76]). Diesem scheint jedoch zu widerstreiten, wenn Neratius Priscus [77]) sagt: Rusticorum praediorum servitutes sunt, licere altius tollere, et officere praetorio vicini; vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere.

75) Epitome iuris Lib. II. Tit. 4. §. 126.

76) Z. E. so kann zum Nutzen eines Bleichplatzes oder Gartens die servitus altius non tollendi bestellet werden, um nicht durch Bauen den zur Bleiche und Wachsthum der Früchte nöthigen Sonnenschein abzuhalten. Man sehe auch *L. ult. pr. C. de Servitutib.*

77) *L. 2. D. de Servitut. praed. rusticor.*

licere. Denn alle die hier unter die servitutes rusticas gezählten Prädialdienstbarkeiten rechnet **Cajus** [78]) zu den urbanis. Die meisten Ausleger des römischen Rechts [79]) glauben, **Neratius** sey hier von dem juristischen Sprachgebrauche abgewichen, und habe nach dem gemeinen Sprachgebrauche, nach welchem man Gebäude, die auf dem Lande ausser der Stadt errichtet waren, *praedia rustica* genennt habe, den Unterschied zwischen servitutes urbanas und rusticas nach dem Orte bestimmt, wo die Grundstücke liegen, zu deren Nutzen sie ertheilet sind, ob sie nämlich in der Stadt oder auf dem Lande gelegen sind. Allein wenn gleich diese Meinung der gewaltsamen Crisis derjenigen weit vorgezogen zu werden verdient, welche statt rusticorum, *urbanorum* praediorum servitutes lesen wollen [80]); so ist doch auch zu einem solchen Dissensus noch kein hinlänglicher Grund vorhanden. Denn warum sollten

78) *L. 2. D. de Servitut. praed. urb. §. 1. I. de Servitut. §. 2. I. de actionib.*

79) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 15. *Hug.* DONELLUS Comment. iuris civ. Lib. XI. cap. 4. *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 1. I. de Servitut. pag. 189. *Iac.* CUJACIUS Comm. ad L. 189. D. de Verb. Signif. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 2. D. cit. pag. 380. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. cap. 16. *Iac.* LABITTUS Usu indicis Pandectar. Cap. IV. §. 7. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. restit.* P. II. pag. 75.) WESTPHAL cit. libr. §. 528. Not. 477. pag. 326. et §. 611. und *Chr. Gottl.* RICHTER in Exercit. de Neratio Prisco. (*Lipsiae* 1788.) Cap. IV. pag. 46. seqq.

80) *Franc.* HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. I. de Servitut. und *Abr.* WIELING in Animadvers. ad *Labitti* Us. Indic. Pandect. P. II. *Iurispr. restitut.* pag. 75.

ten denn die Servituten, wovon Neratius spricht, nicht auch zum Nutzen eines praedii rustici bestellt werden können? Man denke sich doch nur nicht immer ein Gebäude, bey der servitute altius tollendi. Der ehrwürdige Franz Connanus [81]), dessen grundgelehrten Commentar man hierüber noch gar nicht benutzt hat, giebt uns gewiß die beste Erläuterung. *Servitus altius tollendi aedificium*, sagt dieser große Civilist, *urbana est, quia debetur praedio urbano. At* NERATIUS *loquitur de ea servitute, qua liceat arbores plantare, aut quid aliud ponere, quod impediat coeli aspectum; quae si debeatur a praetorio, et aedibus vicini, tamen rustica est, quoniam ruris mei causa imposita est* [82]). — *Prosequitur* NERATIUS *aliis exemplis ostendere, servitutis nomen*

81) Commentar. iuris civ. Tom. I. Lib. IV. cap. 10. pag. 268. in fin. et pag. sq. (*edit. Paris.* 1553. f.)

82) Man stelle sich hier einen solchen Fall vor, wo, ohne Servitut, das Interdictum de arboribus caedendis Statt haben würde. *L. 1. D. de arbor. caed.* Ich muß hier bemerken, daß in einigen Ausgaben der Pandecten statt officere *praetorio* vicini gelesen wird officere *praedio* vicini. So lieset z. B. die glossirte Ausgabe des *Petri ab* AREA BAUDOZA CESTII. Diese Leseart ist der Sache noch angemessener. Denn das praedium vicini konnte nun sowohl urbanum als rusticum seyn. Uebrigens hieß *Praetorium*, welches nachher in der *L. 2. cit.* nochmals vorkommt, das Wohnhaus der Herrschaft auf dem Landgute. CONNANUS c. l. pag. 267. erklärt den Ausdruck so: *In villis rusticis, in quibus quisque dominium fere tantum habet in suos, quantum Princeps in suos subditos,* PRAETORIUM *dixerunt, ubi scilicet quasi rex villae et princeps habitaret, certe is, qui toti familiae suae rusticae praeiret.* PRAETORIUM igitur *hoc urbanum praedium est.* Man sehe auch WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 611. Not. 536. pag. 390.

*nomen imponi ab eo praedio, in cuius utilitatem eſt: ut, quae genere ſuo videntur eſſe urbanae, ſint quandoque ruſticae*: *ut* licere habere cloacam per vicini domum vel praetorium, *qua fundi mei illuvies aquarum, et caetera expurgamenta recipiantur*; *vel* habere protectum in tuas aedes: *puta ambulationes, quas circum ambitum hortorum facere ſolemus, modo lapide et ſtructura, modo pedamentis ſaliceis, vel iuniperi, preſſis, varieque tonſis viridibus incluſas: quas ita habere, ut in aedes vicini inferioris promineant, iure ſervitutis conſtitui poteſt, aut ut earum transverſa pedamenta, vel tigna etiam liceat immittere.* Nach dieſer Anſicht iſt daher die Bemerkung des berühmten Gerhard Noodt[83]) nicht ohne Grund, welcher meint, daß das Wort *etiam* zu ſuppliren, und alſo ſo zu leſen ſey: Ruſticorum *etiam* praediorum ſervitutes ſunt, i. e. eſſe poſſunt. Dieſe Leſeart kann auch, wie Herrmann Noordkerk[84]) gezeigt hat, durch die Auctorität mehrerer ſchätzbarer Ausgaben der Pandecten, nämlich der des Hugo a Porta vom Jahr 1534, des Claud. Chevallonius v. J. 1548, und des Petrus ab Area Baudoza Ceſtius v. J. 1593 beſtärkt werden.

Uebrigens unterſcheiden ſich beyde Arten der Prädialſervituten darin von einander:

1) daß alle ſervitutes ruſticae affirmative Dienſtbarkeiten ſind, dahingegen die urbanae auch negative ſeyn kön-

83) Commentar. ad Dig. Lib. VIII. Tit. 3. *Operum* Tom. II. pag. 220.

84) Obſervation. decas. (*Amſtelod.* 1731. 8.) Cap. I. pag. 12.

können; z. B. servitus altius non tollendi, servitus ne luminibus aut prospectui officiatur ꝛc. [85]).

2) Servitutes rusticae äussern sich gewöhnlich durch Handlungen, die nur von Zeit zu Zeit unternommen zu werden pflegen. Allein die servitutes urbanae haben einen continuirlichen Gebrauch. Bey diesen nimmt man daher einen wahren, bey jenen aber nur einen Quasibesitz an [86]).

3) Eine servitus rustica kann der Schuldner auf seiner Sache seinem Gläubiger als Pfand einräumen, allein keine servitus urbana kann Gegenstand des Pfandrechts seyn. Denn nur bey jener findet eine Veräußerung Statt [87]).

4) Servitutes rusticae gehen durch bloßen Nichtgebrauch verlohren, allein die urbanae erfordern eine usucapio libertatis [88]). Hiervon zu seiner Zeit ein Mehreres. Vor Justinian war endlich

5) auch

85) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 740. Der Satz, den Roßmann in der Abh. von der Eintheilung der Servituten (Erlangische Anzeigen im Jahr 1744. Nr. XXXIV.) §. 12. aufstellt: Alle servitutes affirmativae sind servitutes praedii rustici, und alle servitutes negativae sind servitutes praedii urbani, ist also nur zum Theil wahr.

86) *L. 20. pr. D. de servitut. praed. urb. L. 13. D. de usu et usufr.* WESTPHAL cit. libr. §. 591.

87) *L. 11. §. fin. et L. 12. D. de pignor. et hypoth. Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VI. cap. 4. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 32. und Westphals Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrechte §. 139.

88) *L. 6. D. de servitut. praedior. urban. L. 6. D. Quemadm. servitut. amitt. L. 4. §. ult. D. de usurpat.* S. CRELL cit. Diss.

5) auch der Unterschied wichtig, daß servitutes rusticae zu den rebus mancipi gezählt wurden, die urbanae aber nicht [89]); weil jene insgemein von größerm Werth waren, als diese, und eine uhmittelbare Beziehung auf den Ackerbau hatten, welcher die eigentliche Nationalbeschäftigung der alten Römer war [90]). Dieser letzte Unterschied fällt nun zwar jetzt weg, indessen erhellet doch aus allem so viel, daß die Eintheilung der Realdienstbarkeiten keinesweges, wie einige [91]) wollen, ganz unnütz sey.

## §. 623.

### Unterschied zwischen Real- und persönlichen Dienstbarkeiten.

Es verdient jedoch auch der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Dienstbarkeiten noch etwas genauer erörtert zu werden, dessen practisches Interesse unbestritten ist. Aus den Begriffen, welche oben (§. 621.) davon

Diss. servitutem altius tollendi in usucap. libertatis consistere. §. 3—5. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. und §. 58.

89) ULPIANUS *Fragm. Tit. 19. §. 1.*

90) Man sehe den 8. Th. dieses Commentars §. 577. Not. 50. S. 56. Es ist also nicht nöthig, hier mit D'AVEZAN Servitut. libr. P. VI. cap. 2. bey MEERMAN T. IV. pag. 195. zu dem Asyl der Regel: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*, seine Zuflucht zu nehmen. Man sehe vielmehr *de* SELCHOW Diss. de servitute altius tollendi rom. *Goett.* 1755. Cap. II. §. 37.

91) S. *I. S.* BECKENSTEIN Diss. de inutilitate distinctionis inter servitut. urb. et rusticas. *Regiom.* 1725. und SELCHOW cit. Diss. §. 37. sqq.

davon gegeben worden sind, lassen sich folgende Differenzen ableiten.

1) Bey den persönlichen Servituten ist blos das Object, auf welchem die Dienstbarkeit haftet, eine Sache, das Subject hingegen, dem sie zusteht, eine Person. Allein bey den Realservituten sind Object und Subject Sachen verschiedener Eigenthümer.

2) Bey persönlichen Dienstbarkeiten kann das Object sowohl eine bewegliche als eine unbewegliche Sache seyn [92]). Allein Realdienstbarkeiten können nur bey unbeweglichen Sachen Statt haben [93]); denn es sind iura et qualitates praediorum [94]), welche nicht blos auf eine Zeitlang, sondern auf immer constituirt werden. Sie erfordern daher zu ihrer Existenz ein Object und Subject, welches seiner Natur nach perpetuirlich ist [95]).

3) Persönliche Servituten können auf eine gewisse Zeit oder unter einer gewissen Bedingung ertheilt werden, und erlöschen, wenn die Zeit verflossen ist, oder die resolutive Bedingung existirt, ipso iure [96]). Bey Realdienstbarkeiten stellten die römischen Juristen den entgegenge-

setzten

92) §. 2. I. *de usufr.* L. 3. §. 1. L. 7. pr. L. 12. §. 1. D. eod.

93) L. 1. §. 1. D. *Commun. praedior.*

94) §. 3. I. *de reb. corp. et incorp.* L. 86. D. *de Verb. signif.* L. 12. D. *Quemadm. servitut. amitt.*

95) S. *Franc. Ramos del* MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. I. Cap. 2. §. 13. bey MEERMAN Tom. VII. p. 47.

96) L. 16. §. 2. D. *Fam. erciſc.* L. 30. D. *de uſu et uſufr. leg.* L. 5. et 12. C. *de uſufr.*

setzten Grundsatz auf. Servitutes ipso quidem iure, sagt Papinian[97]), neque *ex tempore*, neque *ad tempus*, neque *sub conditione*, neque *ad certam conditionem* constitui possunt. Denn eine solche Servitut, welche blos auf eine gewisse Zeit, oder unter einer gewissen Bedingung auf ein Grundstück gelegt wird, würde nicht auf jeden Besitzer übergehen, welches nach dem oben (§. 621.) aufgestellten Begriffe mit der Natur einer Realdienstbarkeit streiten würde. Hat einer, der eine Servitut erwarb, dennoch eine solche Bedingung eingegangen, so wird er nur für seine Person, oder sein Erbe, durch eine Einrede zurückgewiesen werden können. Nicht deswegen, weil die Servitut von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, sondern weil er für seine Person den geschlossenen Vertrag zu halten verbunden ist. Daher fügt Papinian noch hinzu: Sed tamen, si haec adiiciatur, *pacti* vel *per doli exceptionem* occurritur, contra placita servitutem vindicanti. In wiefern aber der nachfolgende Eigenthümer (der successor singularis) nicht verbunden ist, die Handlungen seines Vorgängers anzuerkennen, so wird eine bey der Constitution der Servitut gemachte Bedingung ohne Wirkung seyn[98]).

4) Realservituten können weder theilweise erworben werden, noch theilweise verlohren gehen; sie werden vielmehr auch sogar durch einen partiellen Gebrauch in ihrem ganzen Umfang erhalten. Hierher gehören folgende Stellen:

L. 11.

97) *L. 4. D. de Servitut.*

98) S. Zachariä Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 17. in Hugo civil. Magazin 2. B. S. 351. f.

*L.* 11. *D. de Servitut.* sagt: Pro parte dominii servitutem acquiri non posse, vulgo traditur.

*L.* 17. *D. eod.* Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, *quia usus eorum indivisus est*; et ideo, si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: etsi promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.

*L.* 6. §. 1. *D. Commun. praedior.* Si quis partem aedium tradet, vel partem fundi, non potest servitutem imponere: *quia per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri.*

*L.* 3. *D. de Servit. legata.* Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum sine via Titio legasset: si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum: *quia neque adquiri per partem servitus possit.*

*L.* 18. *D. de serv. praed. rust.* Quaeritur, an si per unum fundum iero, per alium non per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? *et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur. Ideoque si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur.*

*L.* 8. §. 1. *D. Quemadm. servitut. amitt.* Is, qui *per partem* itineris it, *totum ius usurpare videtur.*

Bey Personaldienstbarkeiten verhält sich die Sache anders. Der Ususfructus kann auch getheilt eingeräumt werden, und theilweise durch Nichtgebrauch ver-

loren gehen. Jedoch auch nur dieser allein. Denn die übrigen Personalservituten, der usus, die habitatio und servitus operarum sind ebenfalls untheilbar.

*L.* 5. *D. de usufructu* sagt: Ususfructus et ab initio *pro parte indivisa vel divisa constitui*, et legitimo tempore *similiter amitti*, eademque ratione per Legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promittendi defuncto, *in partes hereditarias* ususfructus obligatio dividitur: et si ex communi praedio debetur, uno ex sociis defendente, *pro parte defendentis* fiet restitutio.

*L.* 25. *D. Quib. mod. usufr. amitt.* Placet vel *certae partis*, vel *pro indiviso* usumfructum *non utendo* amitti.

*L.* 19. *D. de usu et habitat.* USUS PARS legari non potest; nam FRUI quidem pro parte possumus, UTI pro parte non possumus.

Es ergiebt sich hieraus eine neue Eintheilung der Servituten, daß sie entweder theilbare oder untheilbare sind, welche von practischer Wichtigkeit ist. Ist nämlich eine Servitut von der Art, daß Theilung ihr Wesen vernichtet, so wird sie eine untheilbare (*servitus individua*), in dem entgegengesetzten Falle aber eine theilbare (*dividua*) genennt [99]). Dieser Unterschied ist beson-

99) S. *Iac.* CUJACIUS Quaestion. ad L. 5. D. de Usufr. et ad L. 16. D. Si servit. vindic. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 28. *Io.* DEL CASTILLO SOTOMAYOR de Usufructu Lib. I. cap. 31. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. V. (bey MEERMAN T. IV. pag. 184.) *Ant.* MERENDA Lib. VIII. Controv.

besonders wichtig in Rücksicht der Falcidia. Bey dem Nießbrauche, als einer theilbaren Servitut, kann man einen Theil der Früchte auf die Falcidie zurückbehalten. Bey untheilbaren Servituten hingegen muß eine Schätzung geschehen, und von dem taxirten Werth ein Theil zur Falcidie gegeben werden; und man braucht die legirte Servitut nicht eher einzuräumen, als bis dieser Theil bezahlt worden ist [100]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

*L.* 1. § 9. *D. ad Leg. Falcid.* Si ususfructus legatus sit, *qui et dividi potest*, non sicut *caeterae servitutes individuae sunt:* veteres quidem aestimandum totum usumfructum putabant, et ita constituendum, quantum sit in legato. Sed ARISTO a veterum opinione recessit. Ait enim, *posse quartam partem ex eo, sicut ex corporibus, retineri.* Idque IULIANUS recte probat.

L. 7. *D. eodem.* Lege Falcidia interveniente legata servitus, *quoniam dividi non potest*, non aliter in solidum restituetur, *nisi partis offeratur aestimatio.*

Endlich unterscheiden sich persönliche und dingliche Dienstbarkeiten noch insonderheit

5) darin von einander, daß erstere mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, und mit dem Untergange des Ge-



trov. iuris cap. 26. 27. 29. et 30. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 10. *Andr. Rud. de* RAMDOHR de toto iure per partialem usum servato. *Goettingae* 1753. §. 25. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 586 — 588.

100) *Iac.* VOORDA ad Legem Falcidiam Commentar. (*Harlingae* 1730. 8.) Cap. XII. §. 8. et 9. und Westphals hermenevt. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen §. 1304. ff.

genstandes dergestalt aufhören, daß sie auch nach dessen Wiederherstellung nicht wieder aufleben [1]). Dingliche Servituten hingegen kommen jedem Besitzer des herrschenden Gutes zu statten, und wenn auch das Gebäude, dem die Servitut inhärirt, zerstört wird, so behält doch immer auch das neue Gebäude die Rechte desjenigen, an dessen Stelle es getreten ist [2]). Denn die Realservitut steht dem Grundstück selbst, und nicht blos der Oberfläche desselben zu [3]).

## §. 624.

### Verschiedene Entstehungsarten der Dienstbarkeiten.

Servituten können nie von dem einen Berechtigten auf den andern übergehen, sondern müssen immer ursprünglich erworben werden. Dies geschieht entweder

1) mit Bewilligung des Eigenthümers durch einen Vertrag, oder eine letzte Willensverordnung, Oder

2) ohne Bewilligung des Eigenthümers, durch gesetzliche Verordnung, durch richterliche Adjudication, und durch Verjährung [4]).

## §. 625.

1) *L. 34. §. 2. D. de usufr. L. 5. §. 2. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

2) *L. 11. pr. L. 20. §. 2. L. 31. D. de servitut. praed. urb.* WESTPHAL de Servit. praed. §. 912.

3) *L. 13. pr. D. de servit. praed. rustic.*

4) S. WESTPHAL cit. libr. Cap. 28. et 29.

## §. 625.

### I. Constitution der Servituten durch den Willen des Eigenthümers.

Servituten können also I. durch den Willen des Eigenthümers ihre Entstehung erhalten. Hier kommt es auf zwey Fragen an.

1) Wer kann eine Servitut constituiren? Es wird dazu erfordert, daß der Constituent fähig sey, vermöge eines ihm zustehenden, unbeschränkten und ausschließlichen Eigenthums über die Sache zu disponiren, welcher die Servitut aufgelegt werden soll [5]). Wer also

a) nur ein temporäres Eigenthum hat, kann zwar der Sache, so lange sein Recht dauert, eine ihr auf immer nützende Servitut erwerben, allein zum Nachtheil seines Successors, an den das Eigenthum fällt, kann er der Sache keine Dienstbarkeit auflegen. Hat also z. B. der Erbe einem Grundstück, welches einem andern unter einer Bedingung vermacht worden, während der Pendenz derselben, eine Servitut aufgelegt, so erlöscht sie, sobald die Bedingung existirt. Es ist gerade eben so, als wenn er den Fundus selbst veräußert hätte; denn auch die Veräußerung verliert ihre Gültigkeit, sobald die Bedingung zur Wirklichkeit kommt [6]). Allein die dem Grundstück erworbene Servitut geht auf den Legatar über [7]). Wer ferner



5) S. WESTPHAL cit. libr. §. 776. sqq. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 621.

6) *L. 105. D. de condit. et demonstrat. L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I.*

7) *L. 11. §. 1. D. Quemadm. servit. amitt.* Heres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes: extinguentur,

b) blos einen Antheil an einem gemeinschaftlichen Grundstück hat, kann allein demselben weder eine Servitut auflegen, noch erwerben, wenn der andere Miteigenthümer nicht darein williget [8]). Denn eine Realservitut ist untheilbar [9]). Sollte jedoch einer von mehreren, welche ein Grundstück gemeinschaftlich besitzen, allein die Servitut eingeräumt haben, so darf er ihre Ausübung nach der gegen das strenge Recht streitenden Billigkeit nicht hindern [10]). Erfolgt nachher die Einwilligung von Seiten des andern Miteigenthümers, so erhält die frühere Constitution durch die letztere erst ihre Kraft und Gültigkeit, nicht anders, als ob sie jetzt beyde zugleich die Servitut eingeräumt hätten. Die Concession des letztern hat also keine retrotractive Wirkung, sondern ist unnütz, wenn der erstere

tur, si legati conditio existat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium, et magis dicendum est, ut sequantur.

8) *L.* 2. *D. de Servitut.* Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest. *L.* 19. *D. de Servitut. praed. rusticor.* Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest. *L.* 28. *D. eodem.* Itinere ad praedium commune duorum legato, nisi uterque de loco itineris consentiat, servitus neque adquiritur, neque deperit. *L.* 34. *D. eod.* Unus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire agere, nihil agit.

9) WESTPHAL cit. libr. §. 780.

10) *L.* 11. *D. de serv. praed. rustic.* Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant: et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.

erstere Constituent, ehe noch des andern Miteigenthümers Einwilligung erfolgte, seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache einem Dritten verkauft hätte [11]). Besitzt von beyden Miteigenthümern der eine noch ein eigenes Grundstück, so kann er weder auf dem gemeinschaftlichen Grundstück, um seines eigenen Grundstücks willen, eine Servitut constituiren, noch seinem eigenen Grundstück eine Servitut zum Nutzen des gemeinschaftlichen auflegen, wenn es gleich mit Zustimmung des Miteigenthümers geschähe. Denn in dem ersten Falle würde er die Servitut zum Theil von sich selbst erwerben, in dem andern aber zum Theil sich selbst eine Servitut einräumen. Es kann aber auch der Vertrag auf Seiten des Miteigenthümers nicht gelten, weil Realservituten keine Theilung zulassen [12]).

c) Wer blos ein Nutzungseigenthum an einer Sache hat, wie z. B. der Emphyteuta oder der Superficiar, kann zwar auf die Zeit der Dauer seines Rechts die Sache mit Ser-

11) *L. 18. D. Communia praedior.* Receptum est, ut plures domini, et non pariter cedentes, servitutem imponant, vel adquirant: ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur, perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. Et ideo, si is, qui primus cessit, vel defunctus sit, vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, *nihil agetur.* Cum enim postremus cedat, *non retro adquiri servitus videtur:* sed perinde habetur, *atque si post, cum postremus cedat, omnes cessissent.* Igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat.

12) *L. 6. §. 3. D. Commun. praedior.* Si tamen alterae unius propriae sint aedes, alterae communes: neutris servitutem vel adquirere vel imponere me posse, POMPONIUS *Lib. 8. ex Sabino* scripsit. Man vergleiche hier WESTPHAL cit. libr. §. 786.

Servituten belegen, welche, wenn gleich nicht nach der Strenge des Civilrechts, wohl aber nach der Billigkeit des prätorischen Rechts gelten; aber sie dürfen nicht die Substanz des Grundstücks zum Nachtheil der Rechte des Erbzins- oder Grundherrn afficiren, und erlöschen, wenn das Recht des Constituenten aufhört, sofern sie ohne des erstern Einwilligung errichtet worden waren [13]).

d) Steht Jemandem der Nießbrauch an einem Grundstück zu, so kann zwar der Eigenthümer, auch ohne die Einwilligung des Nutznießers, eine solche Servitut auf das Gut legen, wodurch dem Nießbrauche des Andern auf keine Weise Eintrag geschieht. Allein eine Servitut, wodurch der Nießbrauch beschränkt wird, kann er weder ohne, noch mit Einwilligung des Nutznießers dem Grundstück auflegen. Dies ist der merkwürdige Ausspruch Ulpians in der *L.* 15. §. *ult. L.* 16. *et* 17. *pr. D. h. t.* welcher von jeher ein Stein des Anstoßes für die Rechtsausleger gewesen ist. Die Worte dieser Stellen lauten folgendermassen: Proprietatis dominus *ne quidem consentiente fructuario* servitutem imponere potest. *Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat:* veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere. Locum autem religiosum facere potest *consentiente usufructuario*, et hoc verum est *favore religionis.* Für die Rich-

13) *L.* 1. §. *ult. D. de Superficieb.* Servitutes quoque *praetorio iure* constituentur: et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur. Sed et Interdictum de his utile competet. Man sehe *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. V. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 188. sq. und WESTPHAL cit. libr. §. 795.

Richtigkeit der Leseart spricht der ganze Zusammenhang der Worte, die genaue Uebereinstimmung aller bis jetzt bekannten Ausgaben der Pandecten, insonderheit des florentinischen Codex, und die Auctorität der Basiliken. In diesem griechischen Gesetzbuche [14]) sind nämlich jene Stellen auf folgende Art übersetzt: Οὔτε ὁ τὴν δεσποτείαν ἔχων δύναται παραχωρῆσαι δουλείαν, οὔτε ἐπιθεῖναι, κἂν συναινῇ ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων. Εἰ μὴ ἄρα οὐ μέλλει δι' αὐτῆς ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων βλάπτεσθαι οἷον, μὴ ἐξεῖναι αὐτῷ ὑψοῦν. Κτᾶσαι δὲ δουλείαν, καὶ ἄκοντος τοῦ τὴν χρῆσιν ἔχοντος. Εἰς ταφὴν τόπον ποιεῖ, συναινοῦντος τοῦ την χρῆσιν ἔχοντος; das heißt nach der Fabrotischen Uebersetzung: *Neque proprietatis dominus servitutem remittere, neque imponere consentiente etiam fructuario potest. Nisi quae fructuario non officiat: veluti ne sibi altius tollere liceat. Adquirit autem servitutem etiam invito fructuario. Locum religiosum facit, consentiente usufructuario.* Gleichwohl haben viele berühmte Rechtsgelehrten die Richtigkeit der Leseart bezweifelt, oder wenigstens gemeint, man könne diese Stellen nicht im grammatischen Sinn, und nach dem gemeinen Wortverstande erklären, weil sie sonst einen Satz aufstellen würden, der dem gesunden Menschenverstande entgegen streite. Denn wenn der Eigenthümer, und derjenige, dem das Nießbrauchsrecht zusteht, mit einander darin einverstanden wären, daß einem Dritten auf der nutznießlichen Sache eine Servitut eingeräumt werde, wodurch der Ususfructus beschränkt wird; so sey ja die Sache durch dieses Einverständniß in den Zustand gekommen, in welchem sie war, ehe noch der Usufructuar das Nieß-

brauchs-

14) *Basilic.* Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. c. 15. 16. et 17. pag. 250.

brauchsrecht erhielt. Sey dieser Schluß richtig, so müsse es auch unumstößlich gewiß seyn, daß beyde zusammen dasjenige könnten, wozu vorher der Eigenthümer allein befugt war. Der Usufructuar kann sich ja seines Rechts ganz begeben, und es dem Proprietar cediren; warum sollte er es nicht auch zum Theil können, durch Einwilligung in die Auflegung einer ihm nachtheiligen Servitut? Wer vermag nun einen vernünftigen Grund davon anzugeben, wenn gleichwohl **Ulpian** das Gegentheil lehrt? Unmöglich, sagt man daher, könne dieses die Meinung dieses Rechtsgelehrten gewesen seyn. Kritic und Emendation sey also nöthig, um den wider die gesunde Vernunft laufenden negativen Sinn in einen bejahenden zu verwandeln. Die Versuche unserer Ausleger sind nun so verschieden, und zum Theil so sonderbar ausgefallen, daß man fast geneigt seyn sollte, die erwähnten Texte in die Classe derjenigen zu setzen, welche man cruces ICtorum, oder leges Pandectarum damnatas zu nennen pflegt. Bald will man statt nequidem: *equidem* lesen, wie **Cornelius van Eck** [15]) und **Cornelius van Bynkershök** [16]); bald *siquidem*, wie nach **Mornacs** [17]) Bemerkung **Pet. Dalessai** ohne Bedenken in seinem Pandecten-Exemplare substituirte; bald *non nisi*, wie **Ulrich Huber** [18]). Bald will man nach imponere die Partikel *non* ein-

15) In Princip. iur. civ. sec. ord. Dig. h. t. §. 25. und in einer zu Utrecht im Jahr 1697 über die L. 15. 16. u. 17. h. t. geschriebenen Dissertation.

16) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 11.

17) Ad L. 15. D. de Usufr.

18) Eunom. Rom. ad h. L. 15. pag. 329.

einschalten, und imponere *non* potest lesen, wie Pet. Busius [19]) und Franz Sarmienti [20]). Bald soll Ulpian statt consentiente *consciente* geschrieben haben, wie Joh. Phil. Heisler [21]) wähnte, so daß nun der Sinn sey, der Proprietar könne nur dann keine Servitut bestellen, wenn der Usufructuar blos stillschweigend darin gewilliget habe. Seine Einwilligung müsse durchaus ausdrücklich gegeben seyn. Andere hingegen, denen bey den starken Gründen, welche für die Richtigkeit der gemeinen Lesearт streiten, jede Emendation gewagt und bedenklich schien, glaubten die Worte: ne quidem consentiente, seyen hier nicht in dem gewöhnlichen grammatischen Sinn zu nehmen, sondern vielmehr so zu erklären, *vel non consentiente fructuario, eo etiam invito*, und die Partikel *nisi*, mit welcher die *L.* 16. anfängt, bedeute hier so viel als *duntaxat*, *sed* oder *nimirum si*. Der Sinn sey also dieser: der Proprietar könne, auch ohne den Usufructuar erst um seine Einwilligung zu fragen, ja sogar gegen den Willen desselben, dem nutznießlichen Grundstück eine Servitut auflegen, nämlich, wenn dadurch der Nießbrauch auf keine Weise beeinträchtiget werde. Das Haupt dieser Parthey ist der ehrwürdige Franz Connanus [22]), welcher jedoch, wie auch wirklich in einigen Exemplaren gefunden wird, *nec quidem* lieset. Ihm folgten Bernh. Heinr. Reinold,

19) Comm. in Pand. ad L. 15. cit.

20) Select. Interpretat. Lib. VI. cap. 12.

21) Diss. de nuda proprietate pleno dominio, ut et proprietatis domino servitutem imponente. *Halae* 1756. Cap. II. §. 17. sqq.

22) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 3. fol. 229 b. init. (edit. *Paris* 1553. f.)

nold [23]), Abraham Wieling [24]), Joh. Wolbers [25]), Jac. Voorda [26]) und Carl Fried. Walch [27]). Allein wie wenig alle diese Emendationen und Erklärungen theils mit dem Zusammenhang der Worte, theils mit dem Geist der römischen Latinität zu vereinigen sind, haben Joh. Gottfr. Bauer [28]) und Christ. Gottl. Richter [29]) überzeugend dargethan. Denn auch davon abgesehen, daß das *ne quidem*, so wie das *nec quidem* nirgends, weder bey den römischen Klassikern, noch in Ulpians Fragmenten im affirmativen Sinn vorkommt, und am allerwenigsten, wenn es, wie hier, in der Mitte einer Periode gesetzt ist, wie schon Jac. Perizonius [30]) gegen die von Reinold zuerst angenommene Connanische Interpretation so gründlich erinnerte, daß Reinold auch der erste war, der diese erkün-

23) Varior. cap. 16. in *Opuscul.* a IUGLERO edit. pag. 125.

24) Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 8. pag. 30.

25) Observat. cap. 6. adjunct. *Petri de* TOULLIEU Collectan. iuris civ.

26) Elector. libr. sing. cap. 10.

27) Not. ad *Eckhardi* Hermenevt. iuris Lib. I. cap. 2. §. 52. pag. 48.

28) Diss. qua recepta L. 15. in fin. D. de usufr. lectio: *proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest*; ab aliorum emendatione, nec non vulgari explicatione et nota absurditatis vindicatur. *Lipsiae* 1736. in *Opuscul. academ.* (*Lipsiae* 1787. 4.) Tom. I. Nr. VIII. pag. 134. sqq.

29) Exercit. iur. civ. de servitute a proprietatis domino fundo fructuario imponenda ad L. 15. §. ult. L. 16. et L. 17. D. de Usufr. *Lipsiae* 1789. 4.

30) In Epist. ad *Reinoldum* insert. a IUGLERO Opuscul. iurid. *Reinoldi* pag. 648. sqq.

künstelte und höchst unnatürliche Erklärung aufgab [31]); so steht ja diese Interpretation sowohl, als jede Emendation, mit der L. 17. D. h. t. in dem alleroffenbarsten Widerspruche. Beyde Stellen *L.* 15. und *L.* 17. sind aus Ulpians Commentaren über den Sabinus, und zwar aus dem nämlichen Buche, nämlich aus *libro* 18. *ad Sabinum* genommen, wie die Inscription lehrt. Beyde Stellen standen, wie deren Vergleichung augenscheinlich zeigt, in dem unmittelbarsten Zusammenhange, und sind blos durch Einschiebung der *L.* 16., welche aus PAULI *libr.* 3. *ad Sabinum* genommen ist, von den Verfassern der Pandecten getrennt worden. Nun beweisen die Worte der *L.* 17. ganz unwidersprechlich, daß die Regel, wovon in dieser Stelle bey der Servitut zur Errichtung einer Grabstätte aus religiösen Gründen eine Ausnahme gemacht wird, einen negativen Satz enthalten haben müsse. Alle jene Ausleger fühlten auch die Schwierigkeit, die ihnen die *L.* 17. in den Weg legte, zu lebhaft, um nicht gleichsam nothgedrungen zu gewaltsamen Emendationen schreiten zu müssen. Connanus suchte der Schwierigkeit dadurch abzuhelfen, daß er die Worte *favore religionis* trennte, und zur folgenden Periode zog. Er las nämlich: Locum autem religiosum suum

31) S. *B. H.* REINOLDI Exercitat. Spicilegium ad §. ult. Legis XV. D. de Usufructu exhibens. in *Opuscul.* pag. 645. sqq. Merkwürdig sind seine Worte S. 647. *Uti* ECKII *ac* BYNKERSHOEKII *emendatio nunquam placuit, ita et sententia* CONNANI *iam displicet. Video nexum inter Legem XV. et XVII. Animadverto,* ULPIANUM *sensisse, proprietatis dominum fundo, cuius alii ususfructus competit, imponere servitutem non posse, quamvis fructuarius consentiat. Fuisse* ULPIANO *rationem non insubtilem, quam tradit cl.* NOODT.

sum facere potest consentiente fructuario. Et hoc verum est. *Sed favore religionis interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest.* Voorda sah ebenfalls keinen andern Ausweg, und unterschrieb diese Emendation. Einen etwas andern Weg schlug Cornelius van Bynkershök ein. Ihm war noch die adversative Partikel *autem* anstößig. Es mußte also eine andere substituirt werden, welche einen verbindenden Sinn hat. Er emendirte also auf folgende Art: Locum *item* religiosum facere potest, consentiente usufructuario. Sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest; *et hoc verum est favore religionis.* Welche Kühnheit erlaubten sich nicht hier die Kritiker, doch bey weitem noch nicht mit der zu vergleichen, zu welcher Reinold veranlaßt wurde! Denn jene Rechtsgelehrten suchten doch noch immer durch eine Emendation der Schwierigkeit abzuhelfen, so gewaltsam sie auch immer war. Allein Reinold fand den Schaden so unheilbar, daß er glaubte, dem kranken Ulpian sey anders nicht, als durch eine Amputation zu helfen. Er strich also die Worte *favore religionis*, die er nun einmal, ohne dem Text Gewalt anzuthun, mit seiner Erklärung durchaus nicht vereinigen konnte, ohne Weiters weg, als welche, wie er sagt [32]), nur eine unnöthige Anmerkung wären, die ein studiosus iuris seinem Pandecten-Exemplar am Rande beygeschrieben hätte, und welche in der Folge als ein Theil des Textes wären angesehen worden. Wer wird nicht hier mit mir das Urtheil unterschreiben, welches der grundgelehrte Perizonius [33]) über alle diese Kritiken aussprach, wenn er

32) *Varior.* cap. 16. pag. 131.

33) Epist. cit. REINOLDI Opusculis inserta pag. 650.

er sagt: *Hoc vere est urere et secare, ut servias hypothesi?* In der That machte auch die Bündigkeit der Gründe, mit welcher dieser große Gelehrte die offenbare Ungereimtheit aller jener sogenannten Emendationen in der Kürze darstellte, wenn gleich **Voorda** seine Hypothese gegen **Perizonius** nur desto hartnäckiger zu vertheidigen suchte [34]), einen solchen Eindruck auf **Reinold**, daß er, wie bereits oben bemerkt worden, in einer neuern Schrift nun seine vorige Meinung selbst verwarf, und **Ulpians** Worte in ihrer grammatischen Bedeutung als richtig annahm. Es ist also jetzt nach dem, was zuletzt **Richter** [35]) insonderheit gegen **Voorda** erinnert hat, nicht dem mindesten Zweifel mehr unterworfen, daß die Worte: *ne quidem consentiente usufructuario*, in dem gewöhnlichen verneinenden Sinn zu nehmen sind; und nun bleibt es denn freylich immer ein schwer aufzulösendes Problem, warum der Proprietar auch nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars einem Dritten eine solche Servitut einräumen könne, wobey das Recht des letztern leiden würde. Gesetzt aber auch, es ließe sich kein hinlänglicher Grund hiervon ausfindig machen, so giebt uns doch dieses noch bey weitem kein Recht, diese Lehre des römischen Rechts für unvernünftig zu halten. Denn es ist denn doch wohl noch immer ein großer Unterschied zwischen einem Satz, dessen Richtigkeit ich nicht durch bloße Vernunftschlüsse beweisen kann, und einem solchen, welcher gegen die Grundsätze der gesunden Vernunft streitet. Ueber den Grund jenes römischen Rechts-

34) Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. III. cap. 13.

35) Cit. Exercitat. cap. 3.

Rechtssatzes, so wie über dessen heutige Anwendbarkeit, sind nun freylich die Theoretiker und Practiker sehr verschiedener Meinung. Einige halten den ganzen Satz für eine bloße Subtilität des römischen Rechts, wovon sich gar kein befriedigender Grund ausfindig machen lasse, und wovon daher auch heut zu Tage gar kein Gebrauch zu machen sey [36]). Allein da sich ein conträrer Gerichtsgebrauch durchaus nicht beweisen läßt, so widersprechen mit Recht jener willkührlichen Behauptung **Struv** [37]), **Lauterbach** [38]), **Wernher** [39]), **Cocceji** [40]), **Hertel** [41]) und **Richter** [42]). Andere [43]) tragen wenigstens Bedenken, den Ausspruch **Ulpians** in der Allgemeinheit zu erklären, wie er lautet. Sie setzen daher die willkührliche Modification hinzu, es sey nur so beym legato usufructus zu hal-

36) GROENWEGEN Tr. de legib. abrogat. h. t. ad L. 15. cit. BRUNNEMANN Commentar. ad Pand. L. 15. h. t. nr. 4. SCHILTER Exercit. XVII. ad Pand. §. 46. junct. §. 44. STRYK Us. mod. P. h. t. §. 7. BOEHMER Introd. in ius Dig. Tit. de Servitut. §. 5. in fin. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CVII. med. 1. und unter den neuern WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 794. not. 710. in fin. pag. 536.

37) Synt. I. C. Exerc. XII. Th. 21.

38) Colleg. th. pr. Pand. Tit. de Servitut. §. 6.

39) Observat. select. for. Tom. I. P. I. Obs. 223.

40) Iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 4. in fine.

41) Prolus. acad. de iuris Rom. subtilitatibus in specie Legis XV. §. fin. D. de Usufr. non ridendis. *Ienae* 1738.

42) Cit. Exercit. Cap. 6.

43) IENSIUS in Stricturis ad iuris Rom. Pandect. pag. 52. (edit. *Lugd. Batavor.* 1764. 4. maj.) und RICHTER cit. Exercit. Cap. 5.

halten, wegen der strengen Erklärung und möglichsten Aufrechterhaltung letzter Willensverordnungen. Bey allen andern Arten des Ususfructus aber nicht. Also blos derjenige Nießbrauch, der dem Usufructuar in einem letzten Willen vermacht worden ist, sollte nicht durch Auflegung einer neuen Dienstbarkeit, gegen die Absicht des Testirers, verhindert oder gar aufgehoben werden. Allein wenn auch Sabinus, über den Ulpian commentirte, an dem Orte, wo diese Stelle entlehnt ist, von Vermächtnissen und insonderheit vom usufructu legato gehandelt haben sollte, so giebt dies doch noch keinen hinlänglichen Grund zu einer solchen einschränkenden Erklärung ab, indem es hier auf den Sinn ankommt, welchen die justinianeische Compilation durch ihre jetzige Fassung und Verbindung dem Fragment des Ulpians beygelegt hat. Wäre dieses Fragment blos von dem Falle zu verstehen, da der Nießbrauch in einem letzten Willen hinterlassen worden ist, so würde es gewiß nicht in dem allgemeinen Titel *de usufructu* stehen, sondern in dem Titel *de usu et usufructu legato* seinen Platz erhalten haben. Mit Recht verdient daher die Meinung derjenigen den Vorzug, welche Ulpians Fragment ohne Emendation in seiner Allgemeinheit erklären, so wie der deutliche Wortverstand es mit sich bringt. Nur die Bemühungen dieser Rechtsgelehrten, den Grund des darin enthaltenen Rechtssatzes auszuforschen, sind nicht überall von glücklichem Erfolge gewesen.

Eine genauere Prüfung derselben wird uns lebhaft davon überzeugen. So paßt der Grund ganz und gar nicht, den Bauer [44]) angiebt, wenn er sagt, die mit Ein-



44) Diss. cit. ad L. 15. in fin. D. h. t. §. 25.

willigung des Usufructuars constituirte Servitut könne man im Zweifel nur für eine temporäre halten, die sich nicht über die Zeit des Nießbrauchs hinauserstrecke. Nun gelte eine servitus ad tempus constituta nach dem strengen Rechte nicht. Richter [45]) hat diese Hypothese ausführlich widerlegt. Eben so wenig kann auch der Grund als entscheidend angenommen werden, daß auf einer schon vorhandenen Dienstbarkeit keinem andern eine neue Servitut eingeräumt werden könne, ob ihn gleich viele [46]) angenommen haben. Denn die Servitut wird ja nicht dem Nießbrauche, sondern der Sache aufgelegt, woran der Usufructuar nur den Nießbrauch hat [47]). Noch unrichtiger argumentiren diejenigen [48]), welche sagen, die Bestellung einer Servitut sey eine Art der Veräußerung. Wer nun, wie der Usufructuar, nicht alieniren kann, könne auch in keine Veräußerung auf eine rechtsbeständige Art

45) Cit. Exercitat. Cap. 2.

46) *Lud.* VITALIS Lib. II. Lection. variar. iuris civ. cap. 8. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. rom.* Tom. II. pag. 669.) *Iac.* GUTHERIUS de iure manium Lib. III. cap. 2. pag. 433. (edit. *Lipsiae* 1671. 8.) *Ge. Frid.* DEINLIN Diss. servitus in servitute s. dispositio L. 15. §. ult. Dig. de Usufr. ex iure civ. Rom. explicata. *Altorfii* 1719. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 4. not. n. Tom. II. pag. 37. und Zachariä in der angef. wissenschaftl. Entwickelung §. 16.

47) Man sehe Hugo Bemerkung zu Zachariä in dem civilist. Magazin. 2. B. S. 350. Not. *)

48) *Hugo* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 11. *Io.* STECK Observat. anticriticar. iur. cap. 5. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 512.) und *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 20.

Art einwilligen. Denn die *L.* 165. *D. de reg. iur.* aus welcher man argumentirt, geht nur auf solche Personen, welche, wie z. B. Pupillen, gar nicht gültig consentiren können, wie schon Godefroi [49]) sehr gründlich dagegen erinnert hat; überdem folgt ja auch noch nicht, weil der Usufructuar nicht selbst eine Servitut auflegen kann, so kann er auch nicht gültig in die Auflegung einer Dienstbarkeit consentiren. Die meisten Rechtsgelehrten [50]) stimmen zwar dem Raphael Fulgosius bey, und erklären sich den Ausspruch Ulpians so, der Proprietar habe nur ein unvollständiges Eigenthum, welches an sich zur Bestellung einer Dienstbarkeit nicht genüge, und auch durch die Einwilligung des Usufructuars nicht vollständig gemacht werde, so lange dieser den Nießbrauch behält. Allein da auch bey dieser Erklärung noch immer die Hauptfrage unentschieden bleibt, warum der Usufructuar nicht durch seine Einwilligung die Handlung des Proprietars bekräftigen könne, da er doch den Nießbrauch sowohl ganz als zum Theil aufgeben kann, so ist auch diese Erklärung unbefriedigend. Daß überdem die bloße Proprietät den Eigenthümer berechtigen könne, einem Dritten eine solche Ser-

 vitut

49) Animadversion. iur. civ. cap. 5.

50) *Lud.* RUSSARDUS et *Lud.* CHARONDAS ad L. 15. cit. *Io.* DEL CASTILLO SOTOMAYOR Quotidianar. Controvers. iuris Lib. I. de usufr. cap. XXXV. §. 16. *Iac.* CUJACIUS et *Ian. a* COSTA ad §. 9. I. de rer. divis. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. V. bey MEERMAN T. IV. pag. 180. *Ger.* NOODT de Usufructu Lib. I. cap. 15. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Comm. ad Tit. D. de Servitut. P. II. cap. 1. §. 18. bey MEERMAN Tom. VII. pag. 58. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 4.

vitut zu constituiren, wodurch der Nießbrauch auf keine Weise geschmälert wird, sagt ja die *L.* 16. *h. t.* ganz ausdrücklich. Auch dies würde der Proprietar nicht können, wenn die bloße Proprietät zur Auflegung einer Servitut schlechterdings nicht berechtigte. Aus diesen Gründen thun daher unsere heutige Rechtsgelehrten gar nicht Unrecht, wenn sie alle die bisher vorgetragenen Erklärungen und Meinungen verwerfen. Wir dürfen jedoch auch die neuern Versuche, die man zur Aufklärung der schwierigen *L.* 15. *h. t.* gemacht hat, nicht mit Stillschweigen übergehen. Unter diesen verdienen die Woltärische, die Reichhelmische und Schömannische Erklärung eine von Seiten des Scharfsinns gewiß rühmliche Auszeichnung. Herr Prof. Woltär [51]) glaubt, die ganze Schwierigkeit in der Stelle des Ulpians lasse sich durch folgende Paraphrase sehr leicht heben: Wenn Jemanden an einer Sache, an der bereits ein Anderer ein Nießbrauchsrecht hat, eine Servitut bestellet werden soll, bey deren Ausübung der bisherige Umfang des Nießbrauchsrechts des Usufructuars nicht bestehen kann, so sey zwar freylich nothwendig, daß solches nicht wider den Willen des Usufructuars geschehe. Dieser müsse allerdings darein willigen, allein seine bloße Einwilligung reiche noch nicht zu. Es müsse vielmehr derselbe seinem Nießbrauchsrechte insoweit entsagen, als erforderlich sey, damit

51) Versuch einer neuen Erklärung von einer für schwer gehaltenen Stelle aus den Pandecten; (in den Wöchentlichen Hallischen Anzeigen vom J. 1779. Nr. XII. XIII. u. XIV.) und in Desselben Observation. quae ad ius civ. et Brandenburg. pertinent, Fascic. II. Obs. 33. sub Tit. *de proprietatis domino, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponente: ad L. 15. §. ult. D. de usufr.* pag. 164. sqq.

damit durch eine solche daraus entstehende Consolidation der Proprietar diese Servitut nunmehr allein bestellen könne, weil solche nun nicht mehr die Rechte des Usufructuars kränken könne. Die Bestellung der Servitut müsse also auf eine solche Art geschehen, daß es niemals scheine, der Erwerber habe solche auch dem Usufructuar zu verdanken. Denn ein Usufructuar sey ein für allemal nicht berechtiget, eine Servitut zu bestellen. Es könne also auch der Proprietar nicht mit Einwilligung desselben eine Servitut bestellen, weil es gegen alle Regeln des Civilrechts streite, daß ein Eigenthümer und Nichteigenthümer gemeinschaftlich eine Servitut bestellen könnten. Aus dem allen ergebe sich nun so viel, daß der eigentliche Stein des Anstoßes, wodurch alle die Schwierigkeit, welche man bey dieser Stelle gefunden hat, veranlaßt worden ist, eigentlich darin liege, daß man irrig vorausgesetzt habe, als ob das Gesetz die Constituirung einer Servitut auf einer Sache, woran einem Andern das Nutznießungsrecht zusteht, insofern dadurch der Ususfructus beschränkt wird, gänzlich verboten habe. Dies sey aber weder in diesem, noch in irgend einem andern Gesetz des ganzen römischen Gesetzbuches geschehen. Die Gesetze hätten nur verordnet, daß der Usufructuar zu diesem Behuf in den Händen des Proprietars so viel von seinen Rechten resigniren müsse, daß der Proprietar nunmehr ganz allein, aus eigner Machtvollkommenheit, und ohne weitere Concurrenz des Usufructuars diese Servitut bestellen, und also der alleinige Auctor dieser neuen Servitut werden könne.

Allein so scharfsinnig auch diese Erklärung ist, so wenig kann ich mich davon überzeugen, daß Ulpian bey

den Worten: *ne quidem consentiente fructuario*, daran gedacht habe, daß nur die bloße Einwilligung des Usufructuars nicht hinreiche, sondern dazu noch eine besondere Cession oder Resignation des Ususfructus erforderlich sey, so weit es nöthig ist, damit der Proprietar die Servitut nun ganz allein bestellen könne. Von einer feyerlichen Cession des Ususfructs, die zu Ulpians [52]) Zeiten noch in iure geschahe, konnte nie die Rede gewesen seyn, weil dadurch dem ganzen Nießbrauche ein Ende gemacht wurde [53]). Diese war auch zu Justinians Zeiten längst ausser Gebrauch. Also nur von einer partiellen Resignation des Nießbrauchs an den Proprietar. Lag denn aber diese nicht in der Einwilligung des Usufructuars in die Bestellung der Dienstbarkeit? Man sage mir doch, wenn man nicht mit den Worten spielen will, was für ein Unterschied sey, ob der Usufructuar in die Bestellung der Servitut schlechthin williget, oder ob er dabey zugleich erklärt, er begebe sich seines Nutznießungsrechts in soweit, als nöthig ist, damit dem Dritten die verlangte Servitut constituirt werde. Auf eine Stipulation scheint es auch hier gar nicht angesehen gewesen zu seyn. Eine solche konnte ohnehin nach einer bekannten Rechtsregel nicht um eines Dritten willen geschehen; und war auch nicht nöthig, wo es blos auf die Einwilligung eines Andern bey der Bestellung eines Rechts ankam [54]). Der Usufructuar kann freylich keine Servitut bestellen, allein er bestellt sie auch nicht,

52) ULP. *Fragm.* Tit. XIX. §. 11. *In iure cedi* res etiam incorporales possunt, velut *ususfructus.*

53) S. GALVANUS de Usufructu. Cap. XXXIII. §. VII. p. 548.

54) *L.* 2. *D. de Servitut.*

nicht, wenn er seine Einwilligung dazu giebt, daß der Proprietar einem Dritten eine Servitut constituire, wodurch der Ususfructus geschmälert wird. Denn sonst könnte er auch nicht consentiren, wenn es blos auf die Bestellung einer Grabstätte angesehen ist, welches doch favore religionis ausnahmsweise geschehen kann. Es muß also wohl einen andern Grund haben, warum der Proprietar ausser diesen Fall eine den Nießbrauch beeinträchtigende Servitut auch nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars einem Dritten constituiren kann.

Nicht glücklicher forschte in neuern Zeiten Reichhelm [55]). Er glaubt, man müsse von dem Grundsatz ausgehen: „So wenig ich auf die Erfüllung eines im Scherz geschehenen Versprechens zu dringen berechtiget bin, eben so wenig kann ich mich berechtigt fühlen, ein Recht aus einem Versprechen herzuleiten, nach welchem der Promissor sein Recht durch Entziehung eines wesentlichen Theils zwar einschränken, das Recht aber selbst beybehalten will.“ Ein solches Versprechen könne nur als Scherz aufgenommen werden. So wie nun der Pfandgläubiger das in der Natur des Pfandrechts liegende Veräußerungsrecht nicht aufgeben könne, ohne aufzuhören, Pfandgläubiger zu seyn; und so wenig der Socius von dem Gesellschaftsgewinne, dessen Gemeinschaftlichkeit ein wesentlicher Theil des Societätscontracts sey, nichts zu wollen, im Ernst versprechen könne, ohne aufzuhören, Socius zu seyn; — eben

55) Versuch einer Auslegung dunkler für den Theoretiker und Practiker gleich wichtiger Gesetze aus dem Civil- und Lehnrecht. (Halle 1799. 8.) Nr. VII. S. 241. ff.

eben so wenig könne der Eigenthümer auf das scherzhafte Versprechen des Nutznießers bauen, nach welchem dieser mit Beybehaltung seines Nießbrauches Verzicht auf das ius utendi thäte.

Allein kann denn nicht der Nutznießer einzelne Theile seines Ususfructus, so wie durch Nichtgebrauch an den Eigenthümer verlieren, so auch durch Abtretung an ihn aufgeben, ohne dadurch aufzuhören, Usufructuar im Betreff aller übrigen Theile zu seyn? Was könnte also den Eigenthümer hindern, nachdem er den Consens des Usufructuars auf diese Weise erhalten hat, auf die an ihn zurückgegebenen Theile des Ususfructus Servituten nach Gefallen zu legen? Zwar hat es freylich seine Richtigkeit, daß der Usufructuar, insofern er Theile seines Rechts an den Eigenthümer zurückgegeben hat, in Rücksicht derselben nicht mehr Usufructuar bleibe. Es heißt aber auch in den angeführten Stellen nicht, er müsse zugleich aufs Ganze den uneingeschränkten Nießbrauch behalten. Denn dies wäre eine Unmöglichkeit, wovon auch gar keine Rede ist. Es heißt nur, der Consens des Usufructuars solle nichts helfen. Den Widerspruch hingegen, das ius utendi an den Eigenthümer abzutreten, und doch zugleich dasselbe als fortbleibender Totalusufructuar zu behalten, ahnen sie gar nicht.

Auf mehreren Beyfall kann dagegen die Erklärung rechnen, welche **Franz Schöman** [56]) über die schwierige Stelle **Ulpians** gegeben hat. Eine Servitut, sagt dieser Gelehrte, die den Ususfruct beschränkt, läßt sich nicht anders

56) Handbuch des Civilrechts 1. Band. Nr. VII. S. 389. ff.

ders denken, als durch die an einen Dritten geschehene positive Uebertragung eines Theils des Nießbrauchs. Diese positive Uebertragung auf einen Dritten können beyde, Usufructuar und Proprietar, mit vereinten Kräften nicht bewirken. Betrachtet man nun, welche Eigenthumstheile, und wie dieselben durch Bestellung des Ususfructus vom Eigenthümer auf den Usufructuar übertragen worden sind, und was demnächst noch in der dem Eigenthümer überbleibenden Provrietät enthalten ist; so werden uns diese simplen Abstractionen überzeugen, daß die reinsten Begriffe dem Urtheile des römischen Juristen zum Grunde lagen. Volle Benutzung der Sache ist das Wesen des Ususfructs. Diese wurde vom Eigenthümer auf den Usufructuar übertragen, aber in dieser Uebertragung liegt keinesweges das Recht, diese Befugniß auf Andere weiter zu übertragen. Der Usufructuar kann also für sich selbst nichts von seinem Rechte an einen Dritten [57]) veräußern. Eben so wenig kann es der Proprietar für sich selbst. Denn alles Recht, Früchte von seiner Sache zu percipiren, und dieselben zu benutzen, ist von seinem Eigenthume losgerissen. Er hat es nicht mehr, so lange der von ihm bestellte Ususfructus dauert.

Was

57) d. i. welcher nicht der Proprietar ist. Cedendo extraneo nihil agitur, sagt Justinian §. 3. *I. de usufr.* Ueberläßt der Usufructuar einem Andern den Genuß der Früchte durch Kauf, Schenkung oder Verpachtung, so behält erster dennoch das Recht selbst, welches als ein subjectiv persönliches Recht von der Person des Usufructuars nicht getrennt werden kann. *L. 12. §. 2. L. 38. L. 39. L. 67. D. h. t. L. 8. §. 2. D. de peric. et commod. rei venditae. L. 3. §. 3. D. Quibus mod. usufr. amitt.*

Was könnte also die Concurrenz des beyderseitigen Consenses in die Uebertragung eines Theils der Nutznießung auf einen Dritten bewirken, welchen der eine, nämlich der Proprietar, dermalen gar nicht eigenthümlich hat, der andere aber, welcher ihn zwar dermalen eigenthümlich hat, nämlich der Usufructuar, nicht veräußern kann? Wenn nun aber gleich, nach Ulpians Ausspruche, auch nicht einmal die Einwilligung des Usufructuars den Eigenthümer berechtigen kann, eine Servitut zum Nachtheil des Nießbrauchs aufzulegen, so will das doch nicht so viel sagen, als ob der Dritte, dem man die Servitut geben wollte, das ihm verstattete Recht gar nicht ausüben dürfte. Allerdings ist die Uebertragung von Wirkung, so lang der Ususfructus dauert, sie gilt nur nicht als Servitut, nicht als ius proprium tertii, sondern blos als exercitium iuris alieni. Mit Endigung des Nießbrauchs hört auch die Wirkung der Uebertragung auf [58]).

Ich komme nun 2) auf die andere hier noch überhaupt zu erörternde Frage, nämlich wer eine Servitut erwerben könne? Sie ist dahin zu beantworten, daß derjenige, welcher die Dienstbarkeit erwerben will, zur Erwerbung derselben fähig seyn müsse. Dazu ist nun zwar, wenn von Personalservituten die Rede ist, hinreichend, wenn man überhaupt fähig ist, Rechte zu erwerben. Allein bey Realdienstbarkeiten wird noch insonderheit erfordert, daß man das Alleineigenthum des Grundstücks

58) *L. 1. in fin. D. de usu et usufr. legato.* Man sehe auch Hugo Lehrbuch der Pandecten. (Berlin 1805.) §. 64. Not. 1.

stücks habe, dem die Servitut erworben werden soll [59]). Daher kann nicht gültig von einem Miteigenthümer allein eine Servitut für ein gemeinschaftliches Grundstück erworben werden [60]), wenn nicht auch der andere Miteigenthümer darein williget [61]). Noch weniger kann also der Nichteigenthümer eines Grundstücks demselben eine Servitut erwerben. Diesem zu Folge sagt **Ulpian** [62]): Fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest. Eben deswegen kann auch nach dem römischen Rechte der Eigenthümer eines Grundstücks nicht sich und zugleich seinem Nachbar eine Servitut versprechen und bestellen lassen. In Ansehung des Nachbars ist das Versprechen ganz unwirksam. Nur der Eigenthümer erwirbt die Servitut seinem Grundstück ganz allein. **Javolen** [63]) sagt: Proprium solum vendo: an servitutem talem iniungere possum, *ut mihi et vicino*

59) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 621. lit. C.

60) *L. 5. D. Commun. praedior.* — Per unum socium *communi solo* servitus adquiri non potest.

61) *L. 19. D. de servit. praed. rustic.* sagt: Si *unus* ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, *inutilis est stipulatio:* quia nec dari ei potest. Sed si *omnes stipulentur*, singuli ex sociis, sibi dari oportere, petere possunt: *quia ita dari eis potest* a te. — *L. 28. D. eodem.* Itinere ad praedium commune duorum legato, *nisi uterque de loco itineris consentiat*, servitus neque adquiritur neque deperit. Man sehe über diese Stellen WESTPHAL cit. libr. §. 779. Not. 702.

62) *L. 15. §. 7. D. de usufr.*

63) *L. 5. D. Commun. praedior.*

*vicino ſerviat?* — Reſpondi, *ſervitutem recipere* [64]), *niſi ſibi, nemo poteſt*: adiectio itaque vicini pro ſupervacuo habenda eſt: *ita ut tota ſervitus ad eum, qui receperit, pertineat.* Der Eigenthümer hingegen kann ſeinem Grundſtück eine Dienſtbarkeit erwerben, wenn er auch gleich kein vollſtändiges, oder auch nur ein widerrufliches Eigenthum hat. Z. B. der Proprietar, auch wider den Willen des Uſufructuars [65]), der Emphyteuta [66]), der Erbe, wenn der fundus unter einer Bedingung vermacht worden, und dieſe noch nicht exiſtirt [67]). Es kann auch der Eigenthümer zweyer Grundſtücke, wenn er ſie beyde verkauft, das eine aber noch nicht tradirt hat, demſelben noch eine Servitut auf dem andern, bereits dem Käufer übergebenen Grundſtück, acquiriren, weil er vor der Uebergabe noch Eigenthümer iſt. Hätte er aber beyde Grundſtücke zu gleicher Zeit verkauft, und den Käufern bereits übergeben, ſo findet eine ſolche Erwerbung, oder Beſtellung der Dienſtbarkeit nicht mehr Statt [68]). Dahinge-

64) *Recipere* heißt hier ſo viel als excipere, ſich vorbehalten. S. WESTPHAL §. 781. Not. 703.

65) *L. 15. §. 7. D. de uſufr.*

66) Die dem emphyteutiſchen Gute erworbene Servituten ſind wenigſtens nach dem iure praetorio gültig, und wirken actiones utiles. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 8. und WESTPHAL §. 795.

67) *L. 11. §. 1. D. Quemadm. ſervitut. amitt.*

68) *L. 8. D. Commun. praedior.* Si, cum duas haberem inſulas, duobus eodem momento tradidero, videndum eſt, an ſervitus alterutris impoſita valeat: quia alienis quidem aedibus imponi nec adquiri ſervitus poteſt. Sed ante traditionem peractam, ſuis

hingegen ist die Servitut, die mir allein vermacht worden, ungültig, wenn das Grundstück, dem sie zustehen soll, nicht mir allein, sondern mir und einem Andern gemeinschaftlich legirt worden ist; es wäre denn, daß der Colegatar seinen Theil nicht acquirirte; hier gilt die Servitut, wenn ich, dem sie vermacht worden, nun den ganzen Fundus erhalte [69]). Alle diese Grundsätze des römischen Rechts müssen auch noch heut zu Tage gelten, da wir in Teutschland das römische Recht nun einmal als gemeines verbindliches Recht, insonderheit auch in der Lehre von Dienstbarkeiten, aufgenommen haben, und diese Grundsätze mit dem System des römischen Rechts genau zusammenhängen [70]). Es fragt sich jedoch, ob man nicht eine Servitut auch durch einen Bevollmächtigten erwerben könne? Ein ausdrückliches Gesetz ist darüber nicht vorhanden. Nach der Analogie läßt sich indessen diese Frage mit **Lauterbach** [71]) und **Höpfner** [72]) ohne Bedenken bejahen.

suis magis adquirit vel imponit is, qui tradit, ideoque valebit servitus.

69) *L. 3. D. de servit. leget.* Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum sine via Titio legasset: si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum: quia neque acquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vindicaret, altero deliberante, posse dubitari, an, si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset, et hoc magis videbatur. S. WESTPHAL §. 783—785.

70) S. Zachariä wissenschaftl. Entwickel. der Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 16. bey Hugo im civ. Magazin. 2. B. S. 348.

71) Colleg. th. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 9.

72) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 435.

jahen. Denn durch einen Procurator kann man ja Besitz und Eigenthum erwerben [73]).

## §. 626.

Unterschied zwischen Bestellung einer Dienstbarkeit unter Lebendigen und auf den Todesfall. Stillschweigende Constitution einer Servitut.

Eine Servitut, die mir der Eigenthümer constituirt, kann nun auf verschiedene Art entstehen.

1) Durch einen Vertrag, und zwar ist jede erlaubte Convention dazu geeigenschaftet, sie sey Schenkung oder Kauf, oder ein anderer benannter oder unbenannter Contract [74]). Es muß nur, wenn der Vertrag von Wirkung seyn soll, die Servitut nicht zu allgemein versprochen [75]), auch das Versprechen nicht nach Willkühr des Concedenten widerruflich seyn [76]). Denn durch ein Prekarium

73) §. 5. I. *per quas person. cuique acquir.* *L.* 20. §. 2. *D. de acquir. rer. dom.* Vid. *Io. Car. Gebh.* REINHARD Diss. de dominii adquisitione per procuratorem. *Vitemb.* 1778.

74) WESTPHAL cit. libr. §. 821.

75) *L. 7. pr. Commun. praedior.* In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, *species servitutis* exprimenda est: *ne si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.*

76) *L. 17. D. eodem.* Si precario vicinus in tuo maceriam (Wand) duxerit, interdicto, quod precario habet, agi non poterit: nec maceria posita, donatio servitutis perfecta intelligitur, nec utiliter intendetur, ius sibi esse, invito te, aedificatum habere: cum aedificium, soli conditionem secutum, inutilem faciat intentionem. Caeterum, si in suo maceriam precario,

rium kann keine Servitut constituirt werden [77]). Es ist jedoch das bloße Versprechen zur Entstehung der Servitut noch nicht hinreichend, es muß noch eine Tradition hinzukommen, wodurch das dingliche Recht der Dienstbarkeit erworben wird [78]). Der Vertrag an sich giebt nur ein ius ad rem [79]). Diese Tradition ist verschieden nach der Natur einer jeden Servitut. Bey persönlichen Servituten, welche das Eigenthümliche haben, daß die Ausübung derselben immer mit dem natürlichen Besitz der Sache selbst verbunden ist, geschieht sie durch dasselbe Factum, wodurch der Besitz der Sache selbst erworben wird, namentlich durch Einhändigung der Sache, oder dadurch, daß der Eigenthümer den Usufructuar in das Grundstück einführt, oder ihn selbst Besitz nehmen läßt [80]). Bey den dinglichen Servituten verhält sich

cario, qui servitutem tibi debuit, duxerit: neque libertas usucapietur, et interdicto, quod precario habet, utiliter cum eo agetur.

77) WESTPHAL cit. libr. §. 826.

78) *L. 1. §. 2. D. de Servitut. praed. rusticor. L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* WESTPHAL §. 828. Hieraus erklärt sich, wenn Paulus *L. 3. pr. D. de obligat. et act.* sagt: *Obligationum substantia non in eo consistit*, ut aliquod corpus nostrum, *aut servitutem nostram faciat*, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. S. GALVANUS de Usufructu Cap. XVIII. §. 10.

79) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 352.

80) *L. 3. pr. D. h. t.* S. GALVANUS de Usufr. cap. XVIII. §. 12. pag. 202. edit. *Tubing.* Nach dem ältern Recht war ein Unterschied, ob der Gegenstand der Servitut eine res mancipi oder res nec mancipi war. In dem letztern Falle wurde schon

sich die Sache anders. Hier ist der Unterschied zwischen affirmativen und negativen Servituten wichtig. Bey den erstern ist das, was der Eigenthümer des dienstbaren Gutes vermöge der Servitut leiden muß, entweder eine eigene Handlung des Berechtigten für sich, die nur mittelbar auf das andere Grundstück sich bezieht, wie z. B. bey der servitute itineris, actus, viae; oder es ist mit dem

durch die bloße Tradition das ius usufructus begründet. Im ersten Falle hingegen war eine mancipatio oder in iure cessio nöthig. ULP. *Fragm. XIX. §. 1. et 11.* SCHULTING in Iurisprud. antejust. pag. 623. not. 39. Die bloße Tradition begründete ausser der iuris quasi possessio nur eine actio publiciana. *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* Auf diesen Unterschied bezieht sich das, was *L. 1. pr. D. Quib. mod. usufructus amitt.* gesagt wird, wo es heißt: Non solum usumfructum amitti capitis deminutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum *iure sit constitutus* usufructus, an vero *tuitione Praetoris.* Proinde *traditus* quoque usufructus, item in fundo vectigali vel superficie *non iure constitutus*, capitis minutione amittitur. Hiervon hing ferner der Unterschied zwischen *dominium usufructus* und *possessio usufrucus* ab, dessen Julian *L. 3. D. Si usufruct. petat.* gedenkt. Man sehe den 8. Theil dieses Commentars §. 576. Not. 81. und §. 593. Not. 37. Der Unterschied zwischen *Traditio* und *Cessio* fällt nun aber jetzt weg, nachdem Justinian *L. un. Cod. de nudo iure Quirit. toll.* den Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi aufgehoben hat. S. SCHULTING c. l. pag. 624. und von Savigny Recht des Besitzes §. 45. Not. 1. In Ansehung der Induction bemerke ich nur noch, daß dieselbe auch dadurch geschehen kann, wenn ich einem Andern verbiete, demjenigen Gewalt anzuthun, welcher von dem Grundstück mit meinem Willen Besitz nehmen will. *L. 52. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss.*

dem Besitz des andern Grundstücks unmittelbar verbunden, wie z. B. bey der servitute oneris ferendi, tigni immittendi. Im ersten Falle gilt die erste wirkliche Ausübung der eingeräumten Servitut, welche mit Wissen und ohne Widerspruch des Concedenten geschieht (patientia), statt der Tradition [81]). Es ist daher offenbar unrichtig, wenn der sonst so gelehrte Bachov [82]) gegen die klare Verordnung der Gesetze behauptet, daß selbst zur Acquisition affirmativer Dienstbarkeiten der bloße Vertrag hinreichend sey, um eine actio in rem zu begründen, woge-

 gen

81) *L. ult. D. de Servitut.* Quoties via, aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse *Labeo*, per te non fieri, quominus eo iure uti possit: quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio effet. Ego puto, *usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse.* Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Die ältern römischen Juristen hielten eine Caution für nöthig, welche die Stelle der Tradition vertrat. Ausser Labeo, der hier angeführt wird, war auch Sabinus dieser Meinung, wie aus *L. 3. §. 2. D. de act. emti vend.* erhellet. Allein das neuere Zeitalter des Javolenus verwarf diese Cautionsleistung. Man sehe Westphal §. 828. Not. 738. Noch ist eine Stelle beyzufügen. *L. 1. §. 2. D. de Servitut. praed. rusticor.* Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris. Bey den servitutibus praediorum rusticorum, welche zu den rebus mancipi gehörten, war ehemals eine mancipatio oder cessio in iure nöthig, wenn die Constitution derselben nach dem Civilrecht gelten sollte. (ULP. *Fragm. XIX.* 1. 11.) Die Traditio und patientia gab nur eine actio Publiciana. *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 8. von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 421. Not. 1.

82) Commentar. ad §. 4. I. de Servitut.

gen der große **Vinnius**[83]) mit allem Recht erinnert hat, er habe nie etwas gehört, *quod a ratione et auctoritate iuris magis abhorreat.* In dem letztern Falle hingegen, da affirmative Dienstbarkeiten mit dem Besitz des dienstbaren Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, geschieht die Tradition durch dieselbe Handlung, durch welche der Besitz der Sache erworben wird[84]). Da nun diese Servituten immer in einer fortdauernden Anstalt bestehen, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird, so hängt nun die Erwerbung derselben davon ab, daß diese Anstalt, z. B. bey der servitute tigni immittendi die immissio, wirklich Statt finde[85]). So viel endlich die **negativen Dienstbarkeiten** anbetrifft, vermöge deren man von dem Eigenthümer eines Grundstücks fordern kann, daß er etwas unterlasse, was er sonst als Eigenthümer zu thun berechtiget wäre, so nehmen die meisten Rechtsgelehrten ganz richtig an, daß diese Rechte **ohne alle Uebergabe**, durch bloßen Vertrag, erworben werden können[86]). Denn da hier keine Form bestimmt ist, und doch diese Rechte selbst in den Gesetzen anerkannt sind, so müssen sie auch ohne alle Form erworben werden können,

83) Commentar. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 5.

84) *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. L. 20. pr. D. de servitut. praed. urban. L. 16. D. Si servit. vindic.* Von dieser Art sind die servitutes urbanae. Bey diesen ist die bloße traditio oder patientia hinreichend. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 8.

85) S. v. Savigny a. a. O. S. 433.

86) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 352. und Weber zu Höpfner Not. (*) S. 366.

nen, wenn nur der Eigenthümer in ihren Erwerb einwilliget [87]). Einige [88]) behaupten zwar, daß auch hier eine iuris quasi traditio nöthig sey, welche darin bestehen soll, daß derjenige, gegen den das negative Recht geltend gemacht werden soll, ein factum contrarium, freylich nur zum Schein, vornehme, und sich dann bey dem erfolgten Widerspruche des Andern beruhige; oder es müsse wenigstens dem Contract eine Clausel beygefügt werden, wodurch für die Zukunft gegen alle der Servitut entgegenstreitende Handlungen ein für allemal protestirt wird. Allein die Gesetze haben eine solche Formalität bey Erwerbung negativer Servituten, die durch Verträge constituirt werden, nirgends eingeführt. Man irrt also offenbar, daß man die Nothwendigkeit der Tradition, die bey dem Eigenthum, so wie bey den Servituten, bey denen sie sich denken läßt, in den Gesetzen vorgeschrieben ist, ganz willkührlich auf alles ius in re ausgedehnt hat [89]). Es läßt sich indessen gar wohl behaupten, daß durch den Vertrag, und die vermöge desselben geschehene Unterlassung auch der Besitz des iuris prohibendi oder der negativen Servitut auf den Berechtigten übergehe. Denn wenn sich Jemand z. B. servitutem altius non tollendi constituiren läßt, so baut der Constituent von diesem Augenblick an nicht



87) S. v. Savigny a. a. O. S. 433. f.

88) S. Thibaut über Besitz und Verjährung 1. Th. §. 16. und Heislers Prüfung des gemeinen Satzes, daß die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden; in Desselben juriſt. Abhandlungen 1. Th. 3. St. (Halle 1783. 4.) §. 14—16.

89) S. v. Savigny a. a. O. §. 46. S. 434. Not. 2.

mehr höher, und leidet diese Einschränkung. Der Erwerber aber fängt zugleich an, diese Bequemlichkeit, daß der andere nicht mehr höher bauen darf, zu genießen [90]).

Noch ist zu bemerken, daß man sich auch beym Verkauf eines Grundstücks eine Servitut vorbehalten kann [91]); ja es wird zuweilen eine Servitut als stillschweigend constituirt angenommen, nämlich wenn ein Eigenthümer mehrere Grundstücke hatte, das eine zum Vortheil des andern benutzte, und nun das eine Grundstück veräußert. Ist in diesem Falle die bisher statt gehabte Benutzung zur Erhaltung des veräußerten Grundstücks wesentlich nothwendig, so kann der Erwerber desselben die Benutzung, als Dienstbarkeit, fortsetzen [92]).

Eine

90) S. *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de ficta s. quasi traditione. (*Tubingae* 1662.) Th. 32. und Weber zu Höpfners Commentar §. 352. Not. (*) S. 366.

91) *L. 3. D. Commun. praedior.* Duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium, quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, iure imposita servitus intelligitur. — *L. 34. D. de servit. praed. urban.* Et qui duas areas habet, alteram tradendo, servam alteri efficere potest. Man sehe auch *L. 32. D. de usufr.* Der Unterschied, ob eine Servitut durch Vertrag oder durch Vorbehalt constituirt wird, besteht darin, daß in dem letztern Falle, nicht so, wie in dem ersten, eine Tradition zur Erwerbung eines dinglichen Rechts erfordert wird. S. WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 822. Not. 732. pag. 561.

92) *L. 36. et 37. D. de servitut. praedior. urbanor.* Die Worte: Idemque esse, et si duobus aedes cesserint, gehen auf eine Uebertragung unter den Lebendigen, denn vorher war vom Vermächtniß die Rede. S. WESTPHAL §. 541. pag. 338. Man

sehe

Eine Servitut kann hiernächst auch

2) durch eine letzte Willensverordnung von dem Eigenthümer bestellet werden. Nach den Gesetzen der Pandecten kam es hier auf die Formel des Legats an, ob nämlich die Servitut *per vindicationem*, d. i. mit der Formel: DO, LEGO, SUMITO, CAPITO, HABETO; oder *per damnationem*, d. i. mit der Formel: HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE TITIO USUMFRUCTUM; oder *sinendi modo*, d. i. mit der Formel: HEREDEM MEUM DAMNO, UT PATIATUR, VICINUM TIGNUM AEDIFICII SUI IN PARIETEM IMMITTERE, oder HERES MEUS PATIATUR, VICINUM PER FUNDUM SUUM IRE, AGERE, AQUAMVE EX EO DUCERE, war vermacht worden. Nur im ersten Falle erwarb der Legatar die ihm vermachte Servitut ipso iure, ohne daß eine weitere Tradition oder Cession von Seiten des Erben erforderlich war, und er konnte sein Recht gegen jeden mit einer Vindication verfolgen. In den beyden letzten Fällen hingegen ward zur Erwerbung der legirten Servitut eine traditio oder patientia heredis erfordert, und dem Legatar stand nur die *actio personalis ex testamento* gegen den Erben zu [93]). Auf die-

 sen

sehe auch *L. 47. D. de damno infecto.* HERT Diss. de servitute facto constituta. in EIUS *Commentat.* atque *Opusc.* Vol. I. Tom. III. pag. 122. seqq. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. Lib. II. Tit. 3. Th. 1. not. a. pag. 321. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 621. S. 58.

93) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. III. Tit. 6. §. 17. Ususfructus uniuscuiusque rei legari potest: et aut *ipso iure* constituetur, aut *per heredem praestabitur. Ex causa quidem damnationis* per heredem praestabitur; ipso autem iure *per vindicationem.*

S. *Ian.*

sen Unterschied beziehen sich folgende Stellen der Pandecten.

*L.* 19. §. 1. *D. Quem. servit. amitt.* Si per fundum meum viam tibi legavero, et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem *ignoraveris*, eam tibi legatam esse: *amittes viam non utendo.* Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris: *ad emtorem via pertinebit*, si reliquo tempore ea usus fuerit: *quia scilicet tua esse coeperat*, ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat. Diese Stelle ist von einem legato servitutis per vindicationem relicto zu verstehen, wie sie auch **Johann D'Avezan** [94]) und **Westphal** [95]) ganz richtig erklären. Ein solches Legat erwarb der Legatar nach dem Tode des Testirers ipso iure, auch ohne es selbst zu wissen [96]); und so gieng es denn nicht nur ipso iure durch Nichtgebrauch verlohren, sondern auch als eine, dem

S. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. ad L. 5. D. de Servitut. pag. 34. und VINNIUS in Comm. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 3. Diese Stelle beweist zugleich, daß es irrig ist, wenn WESTPHAL de servitut. praed. §. 820. Not. 729. behauptet, der ususfructus habe nur *per damnationem* vermacht werden können. Das Gegentheil lehren *L.* 29. *L.* 32. *pr.* und *L.* 41. *D. de usu et usufr. legato. L.* 34. §. 14. *D. de legat.* I. S. VINNIUS in Comm. ad §. 1. I. de usufr. nr. 2.

94) Servitutum lib. P. IV. bey MEERMAN T. IV. pag. 172.

95) De libert. et servit. praedior. §. 901. Not. 796.

96) *L.* 80. *D. de legat.* II. *L.* 64. *D. de furt. L.* 77. §. 3. *D. de legat.* II.

dem Grundstück des Legatars ipso iure erworbene Servitut, auf den unwissenden Käufer desselben über.

*L. 3. pr. D de usufr.* Omnium praediorum, *iure legati*, potest constitui ususfructus, *ut heres iubeatur, dare alicui usumfructum.* Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui.

*L. 2. D. Si ususfruct. petetur.* Si ab herede ex testamento fundi ususfructus petitus sit, qui arbores deiecisset, aut aedificium demolitus esset; aut aliquo modo deteriorem usumfructum fecisset, aut servitutes imponendo, aut vicinorum praedia liberando; ad iudicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc, quod interest, ab eo servetur.

Beyde Stellen reden von einem usufructu *per damnationem* relicto. Dies beweisen nicht nur die Worte: *ut heres iubeatur dare* etc. [97]), sondern auch die actio personalis ex testamento, davon in der L. 2. die Rede ist [98]). Ein solches Legat hatte also das Eigenthümliche, daß zum Erwerb des dinglichen Rechts ein factum, oder eine patientia von Seiten des Erben erforderlich war, wodurch

97) ULP. *Fragm.* Tit. XXIV. Per damnationem his verbis legamus: *heres meus damnas esto dare: dato, facito, heredem meum dare iubeo.*

98) THEOPHILUS *Paraphr. gr. Institut. Iustin.* Lib. II. Tit. 1. §. 2. sagt: Damnationis verba sunt: *Damno te heres, dare illi solidos C.* Hinc nascebatur legatario adversus heredem *actio personalis*, quae dicebatur *ex testamento.*

wodurch der Legatar den Besitz der Sache, oder die Quasi-possession erhielt. Bey Grundstücken, wovon die L. 3. redet, konnte die Tradition durch Einführung des Legatars in das Grundstück, oder dadurch geschehen, daß der Erbe den fructuarius selbst Besitz nehmen ließ, vorausgesetzt, daß dieses alles in bestimmter Beziehung auf den usus-fructus geschahe. Merkwürdig ist es, daß bey diesem Legat dem Erben erlaubt war, vor der Uebergabe dem nutznießlichen Grundstück Dienstbarkeiten aufzulegen. Denn hier wurde der Erbe noch für den völligen Eigenthümer gehalten, weil erst durch die Uebergabe das dominium ususfructus auf den Legatar übergieng. Es erloschen auch nachher die einmal aufgelegten Dienstbarkeiten nicht, sondern waren sie dem Rechte des Usufructuars nachtheilig, so konnte letzter gegen den Erben blos auf das Interesse klagen [99]).

Nach dem angegebenen Unterschiede sind ferner zu vereinigen:

*L.* 9. *D. de Servitut.* Si cui simpliciter via per fundum cuiuspiam cedatur, vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet eius partem) ita agere licebit, civiliter modo.

*L.* 26. *D. de Servitut. praed. rusticor.* Si via, iter, actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum: facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem: si modo nulla captio legatario in servitute sit.

Denn,

99) Man vergleiche hier vorzüglich GALVANUS de Usufructu. Cap. XXXV. §. 5. pag. 522. seqq. edit. *Tubing.*

Denn, wie Merillius [100]) und Westphal [1]) ganz richtig bemerken, so redet die erste Stelle von einem legato per vindicationem, und die letztere von einem legato per damnationem relicto.

Justinian hat jedoch in der bekannten *L.* 1. *Cod. Commun. de legat.* den Unterschied der Formeln bey Vermächtnissen aufgehoben, und verordnet, daß alle Vermächtnisse, sie mögen hinterlassen seyn, mit welchen Worten sie wollen, von gleicher Natur und Wirkung seyn sollen. Nach dieser neuen Constitution wird also nun eine durch ein Legat constituirte Servitut ohne Unterschied, wie sie vermacht worden ist, ipso iure erworben, sie sey eine persönliche oder dingliche, und es hängt ganz von der Willkühr des Legatars ab, ob er sich deshalb einer Vindication oder der persönlichen Testamentsklage gegen den Erben bedienen wolle [2]). Der bloße Wille des Verstorbenen ist schon zur Erwerbung des dinglichen Dienstbarkeitsrechts hinreichend, ohne daß von Seiten des Erben eine traditio oder patientia erfordert wird [3]). Hier entsteht nun aber freylich eine nicht geringe Schwierigkeit. Justinian hatte doch die Verordnung von der Exäquation der Vermächtnisse schon vor den Pandecten gegeben,

100) Commentar. ad §. 4. I. de legat. Man sehe auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 3. Num. VIII. p. 267.

1) Cit. lib. §. 548. Not. d. pag. 349.

2) S. *Ian. a* COSTA Praelect. cit. pag. 34. und *Io.* D'AVEZAN cit. libr. P. IV. pag. 172.

3) S. VINNII Comm. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 3.

ben[4]), und doch wurden Stellen in die letzteren aufgenommen, die jenen Unterschied des ältern Rechts zum Grunde hatten? **Vinnius**[5]) sagt: *Quodsi qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito,* TRIBONIANUM *haec per incuriam reliquisse, qui dum responsa Iurisconsultorum ad constitutionem* IUSTINIANI *accommodare studuit, verba quidem haec, per vindicationem, aut damnationem, ubique sustulit; rem autem ipsam et effectum reliquit.* Allein dies heißt den Knoten zerhauen, statt ihn aufzulösen. Richtiger scheint mir **Galvanus**[6]) die Sache anzusehen, wenn er sagt: Imperator in d. *L.* 1. *C. Commun. de leg.* ita sustulit differentias verborum, ut conservaverit differentias voluntatum: id est constituit, ut nullum legatum videatur conceptum verbis potius vindicationis, quam damnationis, sed tamen permisit, ut quisque suis legatis illum effectum praescriberet, quem vellet. Igitur *fragmenta iuris auctorum, quibus agebatur de legatis per vindicationem ac per damnationem, et quae hodie inserta leguntur in compilatione* IUSTINIANEA, *ita propter varietates Iurisprudentiae Romanae sunt distinguenda, ut relata ad* VETERES AUCTORES *aestimentur magis a verborum formulis, quam a voluntatibus testatorum; relata vero ad* IUSTINIANUM *aestimentur potius a voluntatis dispositione, quam formulae conceptione.*

Uebri-

4) *L.* 1. *C. Commun. de legat.* ist vom Jahr 529. und Justinian gedenkt dieser Verordnung auch schon in seinen Institutionen §. 2. *I. de legat.*

5) Commentar. ad §. 2. I. de legat. nr. 2.

6) De Usufructu Cap. XXXV. pag. 524. edit. *Tubing.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß eine Servitut auch stillschweigend vermacht werden kann, welches alsdann der Fall ist, wenn die legirte Sache ohne die Servitut gar nicht zu gebrauchen seyn würde [7]). Auf solche Art können nicht nur persönliche, sondern auch dingliche Servituten stillschweigend legirt werden. Von beyden finden wir Beyspiele in den Gesetzen.

*L.* 15. §. 1. *D. de usu et usufr. leg.* Qui duos fundos habebat, unum legavit, et alterius fundi usumfructum alii legavit. Quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui legatus est: an fructuario servitus debeatur? Respondit, *quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via,* SECUNDUM VOLUNTATEM DEFUNCTI *videtur id exigere ab herede: ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet:* ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, sive donec ususfructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit.

*L.* 44. §. 9. *D. de legat. I.* Si duos fundos habens testator, alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit; *sed heres cogitur redimere aditum et praestare.*

*L.* 10. *D. de Servitut. praed. urb.* Gaurus Marcello. Binas aedes habeo, alteras tibi lego; heres

aedes

7) S. *Gabr. Christ. Ant.* HAUPT Diss. de legato servitutis tacito, praes. *Car. Frid.* WALCHIO def. *Ienae* 1796. 4.

aedes alteras altius tollit, et luminibus tuis officit: quid cum illo agere potes? et an intereſſe putes, ſuas aedes altius tollat, an hereditarias? et de illo quaero, an per alienas aedes acceſſum haeres ad eam rem, quae legatur, praeſtare debet: ſicut ſolet quaeri, cum uſusfructus loci legatus eſt, ad quem locum accedi, niſi per alienum, non poteſt. MARCELLUS reſpondit: Qui binas aedes habebat, ſi alteras legavit, *non dubium eſt, quin haeres* [alias] *poſſit altius tollendo obſcurare lumina legatarum aedium.* Idem dicendum eſt, ſi alteri aedes, alteri aliarum uſumfructum legaverit [8]). Non autem ſemper ſimile eſt itineris argumentum, *quia ſine acceſſu nullum eſt fructus legatum*: habitare autem poteſt, et aedibus obſcuratis. *Caeterum* [9]) *uſufructu loci legato, etiam acceſſus dandus eſt*, quia, et hauſtu relicto, iter quoque ad hauriendum praeſtaretur. *Sed ita officere luminibus, et obſcurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, ſed tantum relinquatur, quantum ſufficit habitantibus in uſus diurni moderatione* [10]).

L. 81.

8) CUJACIUS Obſervat. Lib. I. cap. 7. will hier leſen: *Idem dicendum eſt, ſi alterarum aedium uſumfructum legarit*; allein ohne hinreichenden Grund, wie *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 20. (in *Ev.* OTTONIS Theſ. Iur. Rom. Tom. IV. pag. 592.) und *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 5. gegen Cujaz gezeigt haben.

9) *Caeterum* iſt hier ſo viel als *nimirum*. E. WESTPHAL cit. lib. §. 815. not. a. in fin. pag. 555.

10) Hiermit ſtimmt auch *L. 30. D. de uſufr.* überein.

*L.* 81. §. 3. *D. de legat. I.* Qui fundum, *excepto aedificio*, legat, appellatione aedificii aut ſuperficiem ſignificat, aut ſolum quoque, cui aedificium ſuperpoſitum eſt. Si de ſola ſuperficie [11]) exceperit, nihilominus iure legati totus fundus vindicabitur: ſed exceptione doli mali poſita, conſequetur heres id, *ut ſibi habitare in villa liceat*, in quo inerit [12]), *ut iter quoque et actum in ea habeat.* Si vero ſolum quoque exceptum fuerit, fundus, excepta villa, vindicari debebit, *et ſervitus ipſo iure villae debebitur*, *non ſecus*, *ac ſi duorum fundorum dominus alterum legaverit*, *ita ut alteri ſerviret.* Sed inclinandum eſt, teſtatorem etiam de ſolo cogitaſſe, ſine quo aedificium ſtare non poteſt [13]).

*L.* 20. *pr. D. Si ſervit. vind.* Teſtatrix fundo, quem legaverat, caſas iunctas habuit: quaeſitum eſt, ſi hae fundo legato non cederent, eumque legatarius vindicaſſet, an ille fundus aliquam ſervitutem caſis debe-

11) So iſt ſtatt: de ſoli ſuperficie, wie die gewöhnliche Leſeart lautet, mit Haloander, *Pet. ab* AREA BAUDOZA CESTIUS und Brenkmann zu leſen.

12) Die Worte: *in quo inerit*, deuten klar auf ein legatum tacitum. Das Wort *ineſſe* war hier der gewöhnliche Ausdruck, wie viele Stellen beweiſen. *L.* 12. §. 41. *L.* 18. §. 1. *D. de inſtructu vel inſtrum. leg.* *L.* 4. *D. de annuis leg.* *L.* 1. §. 14. *D. Ut legator.* *L.* 1. *pr.* *L.* 99. *D. de condit. et demonſtrat.* u. a. m. Vid. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Ineſſe.*

13) Daß auch dem Erben ſelbſt ein Legat hinterlaſſen werden kann, wenn es ihm ein Anderer präſtiren muß, hat keinen Zweifel.

deberet: aut si ex fideicommissi causa eum sibi dare legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam cassis excipere deberent? Respondit, deberi [14]).

*L.* 1. §. 1—4. *D. Si usufr. petet.* Ususfructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest. Et ideo, si ususfructus legetur, necesse est tamen, ut sequatur eum aditus: usque adeo, ut si quis usumfructum loci leget ita, *ne heres cogatur viam praestare*, inutiliter hoc adiectum videatur. Item si, usufructu legato, iter ademtum sit, *inutilis est ademtio*: quia semper sequitur usumfructum. — Sed si ususfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum [5]), ex testamento utique agendo fructua-

14) Welche Servitut hier gemeint sey, wird zwar nicht gesagt. Ohne Zweifel aber bestand sie darin, daß der Legatar nicht nur die dem Erben vorbehaltene casas an seinem Eigenthum leiden, sondern dem Erben auch den Zugang gestatten mußte.

15) Haloander und *Pet. ab* AREA BAUD. CESTIUS lesen hier: *ad quem aditus non est*, NISI *per hereditarium fundum*. Allein, wenn gleich die Basiliken Lib. XVI. Tit. 6. Tom. II. p. 284. mit dieser Lesart übereinstimmen, so läßt sie sich dennoch gegen die Auctorität der Florentinischen und anderer bewährter Handschriften nicht annehmen. Denn es ist hier, wie der ganze Zusammenhang lehrt, von zwey Fällen die Rede; erstens von dem, wo dem Legatar zu dem ihm vermachten fundus fructuarius der Zugang anders nicht, als durch ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück, offen steht. Zweytens von dem Falle, wo der Legatar zu dem Grundstück, woran ihm der Nießbrauch vermacht worden ist, anders nicht, als über ein zur Erbschaft nicht gehöriges Grundstück des Nachbars, kommen kann. Mit Recht verwerfen daher jene Lesart *Sieg. Reich.* JAUCHIUS de Nega-

fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur ususfructus. — Utrum autem aditus tantum et iter, an vero et via debeatur fructuario, legato ei usufructu, POMPONIUS lib. V. dubitat. Et recte putat, *prout ususfructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum* — Sed an et alias utilitates et servitutes ei heres praestare debeat, puta luminum, et aquarum, an vero non? Et puto, *eas solas praestare compellendum, sine quibus* OMNINO *uti* NON [16]) *potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas.*

Es ergeben sich aus diesen Stellen folgende Resultate.

I. Nur solche Servituten können als stillschweigend legirt angenommen werden, welche der Gebrauch der vermachten Sache so nothwendig erfordert, daß ohne dieselben die Sache dem Legatar ganz unnütz seyn würde. In diesem Falle versteht sich aber auch die Servitut dergestalt von selbst, daß wenn auch der Testirer ein Anderes ausdrücklich verordnet hätte, dieses, einer unmöglichen Bedingung gleich, als ein unnützer Zusatz angesehen werden muß [17]). Diesem Grundsatz zu Folge, läßt sich daher kein lega-

Negation. Pandectar. pag. 19. und *Henr.* BRENCMANN in Not. ad L. 1. §. 2. cit. Man sehe auch WESTPHAL cit. lib. §. 812. Not. 724. pag. 552.

16) Die Worte: *omnino non* haben bey den Klassikern und den römischen Juristen einen schlechterdings verneinenden Sinn. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Omnino.* und besonders *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 3. nr. 2.

17) *L. 1. §. 1. et 4. D. Si usufr. pet.*

legatum servitutis tacitum annehmen, wenn ohne die Servitut der Legatar das ihm vermachte Grundstück nur blos mit weniger Bequemlichkeit oder Nutzen würde gebrauchen können, gesetzt auch, daß der Erblasser sich dieser Bequemlichkeit bedient, oder den Nutzen wirklich gezogen hätte; wofern nicht etwa das Grundstück in der Maaße wäre legirt worden, wie es der Erblasser selbst besessen und gebraucht hat. Z. B. *Villam meam ita, uti ipse possedi, lego* [18]).

II. Stillschweigend kann eine Servitut entweder dem Erben selbst, oder einem Dritten legirt werden, nämlich dem der Fundus vermacht ist, welcher ohne die Servitut nicht gebraucht werden kann. Ersteres geschieht, wenn von dem einem Dritten legirten Fundus ein Theil zu Gunsten des Erben ausgenommen ist, der Erbe aber diesen Theil durchaus nicht nutzen kann, wenn ihm nicht der Legatar auf dem vermachten Grundstück eine Servitut einräumt [19]).

III. Das Grundstück, welches nach der stillschweigenden Willenserklärung des Erblassers dem legirten Gute dienen soll, kann entweder ein zur Erbschaft gehöriges, oder ein Grundstück des Erben, oder ein fremdes seyn, welches einem Dritten gehört. Daß sich der Erbe auf seiner eigenen Sache die Servitut gefallen lassen muß, hat keinen Zweifel. Ein Beyspiel ist in den angeführten Gesetzstellen

18) Eine solche Formel kommt *L. 18. §. 13. D. de instructu vel instrum. leg.* vor. Man sehe auch *Barn.* BRISSONIUS de formulis et solemn. Pop. Rom. verbis. Lib. VII. cap. 82.

19) *L. 81. §. 3. D. de legat. I. L. 20. pr. D. Si servit. vindic.*

stellen vorgekommen. Es war der Fall, den Gaurus dem Marcellus zur gutachtlichen Entscheidung vorlegte [20]). Ich habe zwey Häuser, von diesen vermache ich das eine dem Cajus. Mein Erbe benimmt dem Legatar durch vorgenommenen Ueberbau das Licht. Kann der Legatar deshalb klagen? und kommt es etwa darauf an, ob der Erbe sein eignes Haus, oder ein erbschaftliches höher baut? Marcellus entscheidet den Fall dahin. Das Höherbauen sey dem Erben nicht verwehrt, wenn gleich dadurch die Fenster des legirten Hauses verdunkelt würden. Denn man kann auch in einem dunkeln Hause wohnen. Nur darf freylich durch das Bauen dem legirten Hause nicht alles Licht genommen werden, weil die servitus ne luminibus officiatur dem Legatar insofern stillschweigend mit vermacht ist, daß ihm das nöthige Licht nicht genommen werden darf, um bey Tage in dem Hause sehen zu können. Hier ist kein Unterschied, das Haus, welches der Erbe höher bauen will, sey ein erbschaftliches oder sein eigenes [21]).

In dem oben angegebenen dritten Falle gilt eben das, was beym Vermächtniß einer fremden Sache Rechtens ist. Der Erbe muß dem Legatar, dem die Servitut stillschweigend auf der fremden Sache vermacht ist, diese Dienstbarkeit, und zwar auf seine Kosten, von dem Eigenthümer zu verschaffen suchen. Sollte dieser aber zur Einräumung derselben nicht zu bewegen seyn, denn zwingen



20) *L. 10. D. de Servitut. praedior. urbanor.*

21) S. WESTPHAL §. 815. not. a. pag. 555.

kann ihn dazu Niemand, so bleibt nun nichts übrig, als daß der Erbe den Werth des Legats vergüte [22]).

IV. Die Rechtsmittel, welche dem Legatar wegen einer solchen Servitut zustehen, um zur Ausübung derselben zu gelangen, sind nach Maasgebung der angeführten Gesetzstellen sehr verschieden.

1) Ist die Servitut dem Erben selbst vermacht, so kann er sich, wenn er das Grundstück noch besitzt, dem die Servitut aufzulegen ist, der exceptio doli mali bedienen, wenn es der Legatar vindicirt, und er kann es so lange retiniren, bis der Legatar die Servitut anerkannt hat [23]).

2) Ist die Servitut einem Dritten vermacht, und der Erbe besitzt das Grundstück nicht, dem die Dienstbarkeit aufzulegen ist, so steht dem Legatar keine andere Klage, als

22) *L. 11. §. 17. D. de legat. III.* *Ger.* NOODT de Usufructu Lib. I. cap. 8. *Operum* Tom. I. pag. 411. meint jedoch, der Erbe müsse dem Legatar die Servitut auf jeden Fall verschaffen, wenn auch gleich der Dritte die Servitut auch nicht einmal für Geld constituiren wollte. Denn es sey hier der Fall einer servitutis necessariae, zu deren Bestellung jeder Eigenthümer gegen ein billiges Aequivalent vom Richter genöthiget werden könne. Er glaubt, dieser Sinn liege in den Worten der *L. 1. §. 2. D. Si usufr. petet.* Si usufructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, *ex testamento utique agendo fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur usus-fructus.* Allein aus dieser Stelle läßt sich nicht die Bestellung einer Servitus necessaria erweisen, wie ich in der Folge §. 628. zeigen werde. Man sehe auch HAUPT in Diss. cit. §. 14.

23) *L. 81. §. 3. D. de legat. I.*

als die actio personalis ex testamento zu, wobey das Gesuch dahin zu richten ist, daß der Erbe angehalten werde, die Servitut von dem Eigenthümer des benachbarten Grundstücks zu kaufen, und solche dem Kläger zu verschaffen [24]). Ausserdem kann sich

3) der Legatar auch einer Vindication, nämlich der actio confessoria, bedienen [25]). Ist die stillschweigend vermachte Dienstbarkeit eine dingliche, so hat dieses gar keinen Zweifel. Nur wenn die Servitut eine persönliche ist, war ein Streit zwischen den Sabinianern und Prokulianern, ob eine Vindication Statt habe. Marcellus läugnete nach der Meinung des Labeo und Nerva gegen Julian, daß derjenige, welchem der Nießbrauch vermacht worden, sich einer Vindication bedienen könne, um die Servitut zu erhalten, die ihm zur Ausübung des Nießbrauchs unumgänglich nöthig ist [26]). Diese Meinung



24) *L. 1. §. 2. D. Si usufr. petet. L. 44. §. 9. D. de legat. I.* Man sehe hier vorzüglich WESTPHAL cit. libr. §. 812. Not. 724. pag. 552.

25) *L. 1. D. Si servit. vindic.* Viam ad sepulchrum possumus vindicare. Add. *L. 2. §. 1. et 2. D. eodem.* Conf. *Io.* WUNDERLICH de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium in iure lib. sing. (*Quedlinburgi* 1750. 4.) Obs. 3. §. 3. pag. 115. und WESTPHAL §. 975. not. 852. pag. 690.

26) *L. 1. pr. D. Si ususfruct. petet.* Si fundo fructuario servitus debeatur, MARCELLUS *lib. 8. apud* IULIANUM, LABEONIS et NERVAE sententiam probat, existimantium, *servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum: ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui.* Paulus sagt zwar hier nicht, worin eigentlich Julians Meinung bestanden habe; allein

daß

hatte auch Grund. Denn Niemand kann eine Servitut vindiciren, der nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, dem nach der Behauptung des Klägers die Dienstbarkeit zustehen soll [27]). Eben deswegen, weil der Usufructuar nicht Eigenthümer ist, kann auch der Zugang, dessen er über das benachbarte Grundstück zur Ausübung des Nießbrauchs benöthigt ist, nicht als eine dingliche Servitut angesehen wer-

daß sie von der Meinung des Labeo und Nerva abweichend gewesen seyn müsse, ist schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil Marcells Noten zu Julian nichts als Tadel und verwerfende Mißbilligung seiner Meinungen enthielten, wie WESTPHAL cit. lib. §. 639. not. a. pag. 421. sehr richtig bemerkt hat. Vergleichen wir nun damit noch eine Stelle Ulpians *L. un.* §. 4. *D. de remiss.* wo dieser Rechtsgelehrte ausdrücklich sagt: Item IULIANO placet, *fructuario vindicandarum servitutum ius esse*, so weiß ich wahrlich nicht, wie HAUPT in Diss. cit. de legato servitutis tacito §. 17. dem gelehrten Westphal hat zum Vorwurf machen können, er nehme hier etwas für gewiß an, was doch nur höchstens wahrscheinlich sey. Vergeblich sucht indessen *Val. Guil.* FORSTER de iuris interpretatione Lib. I. cap. 5. nr. 21. (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 982.) die *L. 1. pr. D. Si usufr. pet.* mit *L. un.* §. 4. *D. de remiss.* zu vereinigen, da es unläugbar ist, daß die Sabinianer, zu denen Julian gehörte, und die Prokulianer, an welche sich Marcellus anschloß, hierüber ganz verschiedener Meinung gewesen sind. Mit Recht behaupten vielmehr CUJACIUS Observat. Lib. I. cap. 16. HOTOMANUS Amicabil. Respons. Lib. II. cap. 16. und *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. s. Legg. conciliatar. Centur. VII. Qu. 19. daß Ulpian *L. un.* §. 4. *cit.* Julians Meinung blos historisch angeführt habe, ohne sie zu billigen.

27) *L. 2. §. 1. D. Si servit. vindicet.*

werden. Recte NERATIUS scribit, sagt **Ulpian** [28]), si medii loci ususfructus legetur, iter quoque sequi: per ea scilicet loca fundi, per quae, qui usumfructum cessit, constituerit, quatenus est ad fruendum necessarium. *Namque sciendum est, iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem; neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur.* Indessen räumte man doch dem Usufructuar wegen des ihm vermachten Nießbrauchs eine Vindication ein. Er muß also mit dem Ususfructus auch zugleich die ihm dazu nöthige Servitut fordern, und es kam folglich nur darauf an, wie die actio confessoria gefaßt wurde. Sagt der Kläger, meinem Grundstück kommt der Zugang oder die Durchfarth über des Beklagten Grundstück zu, ich bitte also den Beklagten zu verurtheilen, daß er die Servitut leide, so ist die Klage ganz unstatthaft, weil der Usufructuar nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, zu welchem ihm der Beklagte den Zugang über sein Grundstück einräumen soll. Er muß also vielmehr so klagen. „Mir ist der Nießbrauch an einem Grundstück des verstorbenen Titius vermacht. Mir gebührt also auch den Rechten nach der Zugang zu diesem Grundstück, ohne welchen mir das ganze Legat sonst völlig unnütz seyn würde. Allein der Erbe will mir diesen Zugang über sein Grundstück nicht gestatten, er hindert mich also eben dadurch in der Ausübung des Nießbrauchs. Ich bitte demnach zu erkennen, daß mir der geklagte Nießbrauch zustehe, und dem Beklagten alle Stöhrung untersagt, folglich derselbe verurtheilt werde, mir zur Ausübung des vermachten Nieß-



28) *L. 2. §. 2. D. Si servit. vindicet.*

brauchs den Zugang über sein Grundstück ungehindert zu gestatten [29])."

## §. 627.

II. Entstehung der Dienstbarkeiten ohne Verwilligung des Eigenthümers. 1) Durch Gesetze.

Servituten können nun aber auch II. ohne Zustimmung des Eigenthümers und zwar

1) durch Gesetze aufgelegt werden. Eine solche Dienstbarkeit wird Servitus legalis genennt. Hieher gehören alle oben [30]) erwähnten gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, wo der Eigenthümer zum Vortheil eines Andern entweder Etwas leiden muß, oder Etwas nicht thun darf. Ich führe hier noch folgende Fälle an. Zu jenen gehört z. B., daß der Eigenthümer nicht darüber klagen kann, wenn, unbeschadet der Oberfläche seines Grundstücks, ein Anderer darunter Metalle gräbt, sofern dieser nur an den Eigenthümer und den Fiscus den fünften Theil für beyde abgiebt [31]). Sollte das Grundstück durch Anlegung eines Bergwerks verdorben werden, so muß dem Eigenthümer der Schade nach vorher geschehener gerichtlichen Schätzung vergütet werden, wofern er nicht durch eine ihm freyzubauende Erb-

29) Man sehe hier vorzüglich WESTPHAL cit. libr. §. 639. not. a.

30) Siehe des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 73. u. 74.

31) *L. 3. C. de metallar.* Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent: caetero modo propriis suis desideriis vindicando. Add. *L. 6. C. eodem.* S. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. XI. Tit. 6.

Erbkure entschädiget werden kann[32]). Zu den letzteren gehören noch vorzüglich die Vorschriften über Beschränkung der Baufreyheit, wonach z. B. Gebäude nicht zum Einreisen verkauft[33]), Zierrathe derselben nicht weggenommen werden sollen[34]), der nöthige Luftzug auf der Dreschtenne des Nachbars nicht verbauet werden darf[35]), u. d. m.[36]). Besonders aber verdienen hier die Fälle eines gesetzlichen Nießbrauchs erwähnt zu werden. Die Gesetze geben nämlich den Nießbrauch

a) dem Vater, und zwar

α) an den Adventizien der Kinder, nicht nur, so lange sie in väterlicher Gewalt sind, sondern auch noch gewissermassen nach Aufhebung derselben, nämlich,

aa) wenn die Kinder sterben, und der Vater sie nicht ab intestato beerbt. Hier behält der Vater den Nießbrauch, den er bey Lebzeiten derselben an ihrem Vermögen

32) S. *Gottl. Frid.* SCHMIDT Diss. de origine ac iuribus societatis metallicae. (*Lipsiae* 1778.) Cap. II. membr. I. §. 6. pag. 20. Franz Ludw. v. Cancrin Grundsätze des teutschen Berg- und Salzrechts. 1. Abth. §. 73. und vorzüglich H. Hofr. Geigers Abh. von der Verbindlichkeit des Unternehmers eines Bergbaues, dem Eigenthümer der Grundstücke den verursachten Schaden zu ersetzen. (in den merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen. 2. B. Nr. 33.)

33) *L. 52. D. de contrah. emt. vendit. L. 48. D. de damno. inf.*

34) *L. 2. 6. et 7. C. de aedif. priv. L. 41. §. 1. seqq. D. de Legat. I.* S. WESTPHAL §. 20. et 21.

35) *L. ult. §. 1. C. de Servitut.*

36) S. *F. I.* RIESE Diss. de restricta aedificandi libertate. *Giessae* 1734.

mögen hatte. Z. B. der während der väterlichen Gewalt verstorbene Sohn hinterläßt eheliche Descendenten, welche den Großvater ausschließen. Justinian hat hier die ältern Gesetze [37]), in welchen dem Vater der Nießbrauch an den Adventizien seiner Kinder auch noch nach dem Tode derselben zugesichert wird, in der Novelle 118. Kap. 1. ausdrücklich bestätiget [38]).

bb) Wenn der Vater ein Kind auf desselben Verlangen emancipirt, so gebührt ihm der Nießbrauch von der Hälfte der Adventizien lebenslänglich als eine Belohnung der Emancipation [39]). Dem Vater gebührt ferner nach Vorschrift der Gesetze der Nießbrauch

β) an einer Virilportion dessen, was emancipirte Söhne von ihrer Mutter erben [40]).

b) Dem überlebenden Ehegatten geben die Gesetze den Nießbrauch, und zwar

aa) der armen Wittwe an dem Erbtheil, den sie ab intestato aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemanns erhält, wenn sie mit ihren eigenen Kindern erbt. Denn hier gehört die Proprietät den Kindern [41]).

bb) je-

37) *L. 1. Cod. de bonis matern. L. 3. L. 4. C. de bonis, quae liberis. L. fin. C. Communia de successionib.*

38) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. S. 278. folg.

39) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 162. S. 447. b.

40) *L. 3. C. de bonis mat.* Auch diese Verordnung hat Justinian in der Nov. 118. Kap. 1. bestätiget. S. meine Intestaterbfolge a. a. O. S. 279.

41) *Nov. CXVII. cap. 5.* S. meine Intestaterbfolge §. 137. und §. 140.

bb) jedem überlebenden Ehegatten, welcher zur zweyten Ehe schreitet, und Kinder aus der ersten Ehe hat, an dem von dem verstorbenen Ehegatten durch Testament, Schenkung oder Ehepacten erhaltenen, oder von einem Kinde der ersten Ehe zugleich mit den übrigen Geschwistern desselben ab intestato geerbten Vermögen, wovon derselbe durch den Uebergang zur zweyten Ehe die Proprietät verlohren hat [42]).

Nach particulären teutschen Rechten und Statuten kann ein gesetzlicher Nießbrauch noch in mehreren Fällen zuständig seyn. Diese geben

1) den Eltern aus mancherley Gründen den Nießbrauch an den Gütern ihrer Kinder, welcher im Allgemeinen den Namen Beysitz oder statutarischer Nießbrauch führt, und auf eigenthümlichen germanischen Instituten beruhet, so daß er weder in Ansehung der Dauer, noch in Rücksicht der übrigen rechtlichen Bestimmungen nach römischem Maasstabe beurtheilt werden darf. Ein solcher Nießbrauch kommt z. B. da, wo das Verfangenschaftsrecht gilt, dem überlebenden Ehegatten lebenslänglich zu [43]). Ausserdem hat nach vielen teutschen Statu-

42) S. meine Intestaterbfolge §. 101.

43) Man versteht nämlich unter dem Verfangenschaftsrechte (*ius devolutionis*) diejenige Einrichtung, vermöge welcher den Kindern nach dem Tode des einen Ehegatten, oder nach einer wiederholten Verheyrathung des Ueberlebenden das unbewegliche Vermögen beyder Eltern, und was demselben gleichgeachtet wird, zum vollkommenen und ausschließlichen Eigenthume anfällt, und der überlebende Ehegatte sich blos mit den beweglichen Gütern und mit dem Nießbrauche der seinen Kin-

dern

Statuten die Mutter den Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder, nach dem Tode des Vaters [44]). Sodann geben

2) manche particuläre Rechte dem Ehemann die Verwaltung und Nutznießung an dem ganzen Vermögen seiner Ehefrau, ohne Unterschied, ob es Dotal- oder Paraphernalgüter sind [45]). Man hüte sich aber diese besondern Einrichtungen für gemeines Recht zu halten, worin viele [46]) sehr geirrt haben.

## §. 628.

2) Durch ein richterliches Erkenntniß.

Ohne Zustimmung des Eigenthümers kann eine Dienstbarkeit auch zuweilen 2) durch richterliche Adjudication constituirt werden. Eine solche Dienstbarkeit wird im

dern zugefallenen unbeweglichen Güter begnügen muß. Man sehe Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 613. Der Grund dieses Rechts ist Erhaltung der unbeweglichen Güter bey der Familie, und ist blos particulär. S. Scherers Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 116. ff.

44) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 138. S. 269. Not. 40. und HOFACKER Princ. iur. civ. T. I. §. 584—587.

45) Z. B. in Sachsen.

46) Z. B. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exerc. XXXVI. §. 78. LEYSER Spec. CCCII. med. 10. MADIHN Princip. iur. Rom. P. III. §. 387. Man sehe dagegen PUFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 71. WERNHER Observat. for. T. I. P. V. Obs. 136. Strubens rechtliche Bedenken. 4. Band. Bed. 7. und Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. B. Resp. 36.

im eigentlichen Sinn eine *servitus necessaria* genennt ). Zwar sagt **Ulpian**[48]): Per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari. Allein hier ist von der actio confessoria die Rede, welche freylich nicht dazu dient, daß eine Servitut durch die Sentenz des Richters constituirt, sondern darauf geht, daß die dem Kläger zustehende Servitut von dem Beklagten anerkannt werde. Will Jemand, daß ihm gegen den Willen des Eigenthümers eine servitus necessaria durch die Sentenz des Richters bestellet werde, so muß er sich einer Imploration (*extraordinaria interpellatio*) bedienen, wie **Ulpian** an einem andern Orte sagt[49]). Da es indessen dem Richter in der Regel nicht erlaubt ist, Jemanden zur Uebernehmung einer Dienstbarkeit auf seinem freyen Eigenthume zu nöthigen, so wird denn freylich immer ein solcher Fall vorauszusetzen seyn, wo die Gesetze den Richter dazu berechtigen. **Hellfeld** glaubt, dieser Fall sey vorhanden, wenn Nothwendigkeit oder gemeines Beste die Bestellung einer Dienstbarkeit erheischen. Noch weiter geht **Leyser**[50]), welcher den Richter für berechtiget hält, eine Servitut zu constituiren, so oft es die Billigkeit erfordert, wenn auch nur dadurch einem weit aussehenden Prozeß ein Ende

47) *Io. Flor.* RIVINI Meditationes de servitute necessaria. *Lipsiae* 1734. *Christph. Lud.* CRELLII Observationes de servitute necessaria compendii causa praedio vicini imponenda. *Vitembergae* 1750. (*Dissertation. et Programm. Crellianor.* Fascic. IX. nr. 75.) und *Ge. Steph.* WIESAND Progr. de servitute necessaria. *Vitemb.* 1784.

48) *L. 8. §. 4. D. Si servit. vindicet.*

49) *L. 12. D. de religios. et sumtib. funer.*

50) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. medit. 9.

Ende gemacht werden kann. Allein die Gesetze[51]), worauf sich beyde gründen, beweisen ihre Meinung nicht. Sie reden Theils nur von iudiciis divisoriis, theils vom legato servitutis tacito. Allein von dem, was bey Theilungsklagen gilt, läßt sich eben so wenig ein allgemeiner Schluß auf jeden andern Nothfall machen, als diejenigen Gesetze hier Anwendung finden, welche von den Fällen einer stillschweigend vermachten Dienstbarkeit reden. Denn letztere beruhet auf dem stillschweigenden Willen des Testirers, von dem sich nicht glauben läßt, daß er ein unnützes Legat habe hinterlassen wollen; dahingegen wird eine servitus necessaria gegen den Willen des Eigenthümers constituirt. Wie kann nun wohl hier von einer auf die andere ein gültiger Schluß gemacht werden? In der That, wenn schon jeder Nachbar mit vollkommenem Recht von dem andern eine Servitut da fordern könnte, wo er derselben zum Gebrauche seines Eigenthums benöthiget ist, so würde es der genauen Erörterung nicht bedurft haben, welche die römischen Rechtsgelehrten dem legato servitutis tacito zu widmen für nöthig fanden, und wovon in dem vorigen Paragraph gehandelt worden ist. Man wird sich hiervon noch lebhafter überzeugen, wenn man erwägt, daß es, nach den oben angeführten Gesetzen, dem Erben nicht erlaubt ist, durch Höherbauen entweder seines eignen, oder eines erbschaftlichen Hauses, das dem Legatar vermachte Haus ganz zu verdunkeln[52]). Denn man muß nach der Absicht des Erblassers, der gewiß nicht zugegeben haben

51) *L. 22. §. 3. D. Famil. erciſc. L. 6. §. 1. D. de uſufr. L. pen. pr. D. Si ſerv. vindic. L. 44. §. ult. D. de legat. I.*

52) *L. 30. D. h. t. L. 10. D. de ſervitut. praed. urbanor.*

haben wird, daß das Vermächtniß vereitelt werde, annehmen, daß dem Legatar mit dem Hause auch die Servitus, ne luminibus penitus officiatur, stillschweigend ertheilt sey, damit ihm das zum Gebrauche des Hauses nöthige Licht nicht genommen werde. Kann aber deswegen jeder andere Nachbar von seinem Nachbar die nämliche Servitut begehren? **Ulpian** [53]) lehrt hier gerade das Gegentheil. Er sagt ausdrücklich: *Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*; und an einem andern Orte [54]), wo eben dieser römische Jurist von der Servitute, *ne luminibus officiatur*, handelt, sagt er: Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, *si servitus* DEBEATUR. Unstreitig irren also diejenigen, welche von einem legato servitutis tacito auf die Bestellung einer servitutis necessariae argumentiren [55]).

Viele [56]) wollen nun dagegen die richterliche Gewalt in Absicht auf die Bestellung nothwendiger Servituten blos auf die Theilungsklagen beschränken. Es kann auch nicht

53) *L. 9. D. de servitut. praed. urb.*

54) *L. 15. D. eodem.*

55) Man vergleiche hier vorzüglich HAUPT Diss. de legato servitutis tacito, praeside WALCHIO def. *Ienae* 1796. §. 18—20.

56) *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. ult. I. de Servitut. princ. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. Lib. VIII. Tit. 1. §. 5. *Henr.* HAHN Observat. theor. pract. ad *Wesenbecium* Lib. VIII. Tit. 1. Nr. V. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Tom. I. Exercitat. XIII. Th. 30. not. β. pag. 820. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. 1. §. 18. und HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1098.

nicht geläugnet werden, daß hier die Gesetze ganz entscheidend für den Richter sprechen. Hierher gehören folgende Stellen:

*L. 6. §. 1. D. h. t.* Constituitur adhuc ususfructus, et in iudicio familiae erciscundae, et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usumfructum.

*L. 22. §. 3. D. Familiae erciſc.* Sed etiam, cum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adiudicat: sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando, amplius servitutem imponere non poterit.

Es ist merkwürdig, was **Ulpian** hier sagt, daß gleich bey der Vertheilung die Servitut constituirt werden müsse. Ist sie da nicht zuerkannt, so kann der Richter nachher dem rein zugetheilten Grundstück keine Dienstbarkeit mehr auflegen, weil der Miterbe, dem es zugetheilt worden ist, bereits ein erworbenes Recht hat, dasselbe frey zu besitzen.

*L. 6. §. 10. D. Commun. divid.* Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adiudicet.

*L. 16. §. 1. D. Famil. erciſc.* IULIANUS ait, si alii fundum, alii usumfructum fundi iudex adiudicaverit, non communicari usumfructum.

Durch die Bemerkung, welche hier **Julian** macht, will er den Unterschied zeigen, ob der Nießbrauch durch richterliche Adjudication oder durch Vermächtniß constituirt wird. Denn in dem letzten Falle bekäme der, welchem

das

das Grundstück vermacht worden, zugleich Antheil an dem Nießbrauche des andern Legatars. Dies geschieht aber in dem ersten Falle nicht. Der Grund dieses Unterschiedes ist, weil in dem ersten Falle eine Gemeinschaft des Nießbrauchs dem Zweck der Theilungsklage widerstreiten würde, welcher dahin geht, die Gemeinschaft völlig aufzuheben [57]).

Allein daß dessen ungeachtet, die Gewalt des Richters nicht blos auf Theilungsklagen zu beschränken sey, läßt sich aus andern Gesetzen ohne Schwierigkeit erweisen. Hierher gehört die merkwürdige *L.* 12. *pr. D. de religiosis*, wo **Ulpian** sagt: Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur: Imperator ANTONINUS cum Patre rescripsit: *Iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat.* Non tamen hoc Rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit: sed *extra ordinem interpelletur.* Praeses etiam compellere debet, *iusto pretio iter ei praestari*, ita tamen, ut iudex etiam *de oportunitate loci* prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum. Grabmäler gehörten bekanntermassen nach den Religionsbegriffen der alten Römer zu den rebus divini iuris, und waren daher nicht in commercio. Befand sich also bey einem Grundstück eine Grabstätte, so ging sie bey dem Verkauf desselben nicht auf den Käufer über, wenn sie auch nicht ausdrücklich ausgenommen

57) S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. III. cap. 18. nr. 6. sqq.

men war [58]). Hatte sich jedoch der Verkäufer die Grabstätte ausdrücklich vorbehalten, so mußte ihm auch der Käufer den Zugang zu derselben gestatten [59]). Hingegen ohne einen solchen Vorbehalt war der Käufer nach dem strengen Recht nicht verbunden, dem Verkäufer einen Weg über sein Grundstück um der Grabstätte willen einzuräumen [60]). Wenn nun auch zum Unglück nicht gerade ein öffentlicher Weg dahin führte, so mußte der Verkäufer bittweise von dem Eigenthümer die Erlaubniß zu erhalten suchen, über sein Grundstück gehen zu dürfen, und auf solche Art zur Grabstätte zu kommen. Gab der Eigenthümer dieser Bitte kein Gehör, so konnte sich nun der Verkäufer an den Richter mit seinem Gesuch wenden, und dieser war berechtiget, dem Imploranten, wenn alle Vorstellungen bey dem Implora-

58) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 21. §. 7. Vendito fundo religiosa loca ad emtorem non transeunt, nec in his ius inferre mortuum habet. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 141.

59) *L. 10. D. de religios.* sagt: Videtur enim etiam hoc exceptum inter ementem et vendentem: *ut ei per fundum sepulturae causa ire liceret.* Gewöhnlich wurde jedoch in dem Kaufcontract auch ein Weg zur Grabstätte ausbedungen, wie aus *L. 5. D. de sepulchro violato* erhellet. Die im Falle eines solchen Vorbehalts gewöhnlich gewesenen Formeln finden wir *L.* 22. und *L. 72. §. 1. D. de contrab. emt.* S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 263. Not. 21. et 22. und *Io.* WUNDERLICH de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium in iure Obs. 3. §. 4. et 5.

60) *L. 53. §. 1. D. de act. emti vend.* Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti, parum habes eo nomine cautum. PAULUS: Minime; si modo in sepulchrum iter publicum transit.

ploraten vergebens gewesen, die verlangte Servitut gegen eine verhältnißmäßige Vergütung zuzusprechen [61]). Nur mußte ein solcher Ort dazu gewählt werden, wo der Weg für den Eigenthümer am wenigsten schädlich war. Es fragt sich nun, ob die Kaiser **Sever** und **Antonin**, auf deren Rescript **Ulpian** sich gründet, blos in dem bemerkten Falle, aus religiösen Gründen von der Strenge des Rechts abgewichen sind, oder nicht vielmehr darum, weil es überhaupt in einem solchen Falle gewöhnlich war, eine servitus necessaria zu adjudiciren, wo man, ohne einen Weg auf des Nachbars Grundstück zu erhalten, von seinem Eigenthum schlechterdings keinen weitern Gebrauch zu machen im Stande ist. **Wilh. Goes** [62]) und **Gerhard Noodt** [63]) behaupten das letztere. Das erstere hingegen **Jac. Gutherius** [64]) und **Thibaut** [65]). Für jene Meinung streiten allerdings sehr erhebliche Gründe.



61) *Iac.* GUTHERIUS de iure manium. Lib. III. cap. 12. pag. 483. (edit. *Lipsi.* 1671. 8.) führt aus einer alten Inscription (bey GRUTERUS *Corp. Inscript.* pag. 611. Inscr. 12.) ein Beyspiel von einer solchen Adjudication an, welches so lautet: *Huic monumento iter, aditus, ambitus debetur ex sententia Erotis Aug. I. iudicis a via Campana publica dextrorsus inter maceriem Calamianam et insulam Eucarpianam per latitudinem pedes duo semis usque ad hoc monumentum, et hinc per circuitum totius monumenti usque in via, quae ducit in agro.* Wie iter oder itus, aditus, und ambitus bey Grabstätten unterschieden waren, zeigt WUNDERLICH cit. libr. sing. Obs. 3.

62) Notae in rei agrariae auctores. (*Amstelredami* 1674.)

63) De usufructu Lib. I. cap. 8.

64) De iure manium Lib. III. cap. 12. pag. 478.

65) Syst. des P. R. 2. B. §. 621. S. 58.

Denn da die Kaiser in ihren Rescripten mehrentheils nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden, so ist es ohnehin schon den Regeln der Auslegung des römischen Rechts gemäß, daß man darin kein neues Recht suchen dürfe, wenn nicht ganz klare Beweise vor Augen liegen, daß sie die Absicht, ein neues Recht dadurch einzuführen, wirklich hatten [66]). Daß diese Regel der Auslegung hier ihre Anwendung finde, erhellet aus den von Ulpian angeführten Worten des Rescripts ganz deutlich, worin die Kaiser sagen: *Iter ad sepulchrum peti precario et concedi* SOLERE: *ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat.* Daß aber diese Gewohnheit, von welcher die Kaiser sprechen, nicht blos auf einen Weg zu Grabstätten beschränkt gewesen, sondern den freyen Zugang zu den Aeckern und Feldgütern überhaupt betroffen habe, beweist eine von Noodt aus Siculus Flaccus [67]) angeführte Stelle, welche folgendermassen lautet: *Ad omnes autem agros semper iter liberum est. Nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter praestatur. Quae etiam conveniunt precario, uti servitutem praestent his agris, ad quos necesse habent, transmittere pervium. Nam et his verbis comprehenditur:* ITA UT OPTIMUS MAXIMUSQUE EST [68]). *Nam et aquarum ductus solent*

66) Man sehe PÜTTMANNI Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108.

67) De conditionibus agrorum pag. 9. seq. (edit. *Guil.* GOESII *Amstelred.* 1674. 4.)

68) Die Formel: UT OPTIMUS MAXIMUSQUE ESSET, hatte eigentlich nur den juristischen Sinn, daß das Grundstück mit keinen Servituten beschwert sey. Daß aber der Verkäufer dem Käufer

*solent per alienos agros hoc iure transmittere. Itaque, ut diximus, viae saepe necessario per alienos agros transeunt: qua non universo populo itinera praestari videntur, sed eis, ad quorum onera, et eis, ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est.*

Aus diesen Gründen stellt daher die heutige Praxis den Grundsatz auf, daß der Richter befugt sey, auf Bitten des einen Eigenthümers das Grundstück des andern mit einer Dienstbarkeit gegen eine verhältnißmäßige Entschädigung zu beschweren, wenn dem erstern ohne eine solche Servitut sein Eigenthum sonst unnütz seyn würde[69]). Es kann indessen freylich nur der äußerste Nothfall eine solche Adjudication rechtfertigen, wovon sich der Richter durch Ocularinspection zu überzeugen hat. Offenbar gehen daher diejenigen[70]) zu weit, welche bey Aeckern,



Käufer Dienstbarkeiten einräume, wenn solche nicht ausdrücklich ausbedungen waren, war in dieser Clausel nicht enthalten, wie aus *L. 75. D. de evictionib.* erhellet.

69) *Io.* BRUNNEMANN in Commentar. ad L. fin. Cod. de Servitut. *Io.* VOET Comment. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 4. *Io. Rud.* ENGAU Decis. et Respons. iuris select. P. I. Decis. 536. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIII. §. 30. *Io. Ulr. de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1117. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 240. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassell. T. II. Decis. 241. nr. 3. a WERNHER sel. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 57. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. §. 422. u. a. m.

70) *Io. Henr. de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. V. Not. 7. *Christph. Lud.* CRELL. cit. Diss. de servitute necessaria compendii causa praedio vicini imponenda; in *Dissertation. et Programm. Crellianor.* Fascic. IX. pag. 492. und Joh. Christ.

die dergestalt von fremden Grundstücken umgeben sind, daß die Eigenthümer nicht ohne einen großen Umweg, oder nicht ohne große Beschwerlichkeiten auf einem andern Wege zu denselben gelangen können, die Bestellung einer nothwendigen Servitut schon darum für zuläßig halten wollen, um einen kürzern oder bequemern Weg zu erhalten. Denn gesetzt, man wollte auch den, an sich doch ganz unrichtigen Schluß, von einem legato servitutis tacito bey der Bestellung einer nothwendigen Servitut gelten lassen, so ist doch oben (S. 81. 1.) schon bemerkt worden, daß um der bloßen Bequemlichkeit, oder um des bloßen Nutzens willen, auch nicht einmal der Erbe dem Legatar zur Einräumung einer Servitut gehalten sey. Nun werden zwar noch verschiedene andere Stellen zur Unterstützung dieser Meinung angeführt, sie beweisen aber eben so wenig. Denn sie reden von ganz andern Fällen. Die eine ist die oben schon aus Ulpian erklärte *L.* 12. *D. de religiosis*, nach welcher offenbar nur dann der Nachbar zur Uebernehmung einer Servitut vom Richter soll genöthiget werden können, wenn der Eigenthümer der Grabstätte durchaus keinen andern Weg, als über das benachbarte Grundstück, nehmen kann. Die andere ist die *L.* 3. §. 16. *D. de itinere actuque priv.* wo von der Bestellung einer nothwendigen Servitut gar nicht einmal die Rede ist, sondern blos die Frage entschieden wird, ob demjenigen, welchem die servitus viae zusteht, nicht bey der Refection des Weges erlaubt sey, eine Brücke anzulegen, welche Ulpian nach der Meinung des Labeo bejahend entscheidet, wenn ohne

von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Th. Bemerk. 67.

ohne eine solche Brücke der Weg sonst nicht zu passiren wäre (si modo sine hoc sc. ponte commeari non possit). Man hat daher in den neuern Zeiten diese Meinung mit Recht verworfen [71]).

Hiernächst ist bey Bestellung einer nothwendigen Servitut von Gerichtswegen vorzüglich dahin zu sehen, daß nicht nur bey Bestimmung des Platzes zu einem Wege ein solcher Ort gewählt werde, wo die Durchfahrt dem Eigenthümer am wenigsten schädlich ist; sondern daß auch die Vergütung, die dem Eigenthümer für die Einräumung der Dienstbarkeit zuzuerkennen ist, sowohl den Vortheilen, welche der Erwerber derselben dadurch gewinnt, als dem Nachtheil, den der Eigenthümer dadurch leidet, gemäß sey, und damit im Verhältniß stehe. Dies ist der Sinn der Worte Ulpians, wenn er *L.* 12. *D. de relig.* sagt: Praeses compellere debet, *iusto pretio* iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam *de oportunitate loci* prospiciat, *ne vicinus magnum patiatur detrimentum.*

Ueberhaupt aber darf richterliche Hülfe nie eher eintreten, als wenn im Wege der Güte durchaus nichts auszurichten gewesen ist, und der Eigenthümer weder der freundschaftlichen Bitte des der Servitut benöthigten Nachbars, noch den Vorstellungen des Richters im mindesten Gehör



71) Man sehe hier vorzüglich WIESAND Progr. de servitute necessaria. *Vitemb.* 1784. ZACHARIAE lib. Quaestion. (*Vit.* 1805. 8.) Qu. 19. und HAUPT Diss. de legato servitutis tacito §. 20. Daß auch die Leipziger Juristen-Facultät jene Meinung verworfen habe, bemerkt *Car. God. von* WINCKLER ad *Bergeri* Oecon. iuris pag. 226. oder nach der neuesten Hauboldischen Ausgabe T. I. pag. 326.

geben wollen. Denn es sind sehr merkwürdige Worte, welche in dem Rescript der Kaiser **Sever** und **Antonin** enthalten sind, worauf **Ulpian** seine Meinung gründet, wenn es nämlich *L.* 12. *cit.* heißt: *Iter peti* PRECARIO *et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat.* Wer also eine solche Servitut, die ihm unentbehrlich ist, von seinem Nachbar verlangt, muß ihn zuvörderst freundschaftlich darum begrüßen, wie man das *precario peti debet* ganz wohl übersetzen kann. Nur dann erst, wenn diese Bitte vergeblich war, kann er sich mit seinem Gesuch, welches jedoch, wie **Ulpian** sagt, keine actio civilis, noch weniger aber die actio confessoria seyn darf, wie Herr von **Winkler** zu **Berger**[72]) ganz richtig bemerkt hat, sondern nur eine *imploratio officii iudicis*, oder, wie **Ulpian** sich ausdrückt, eine *interpellatio extraordinaria* ist, an den Richter wenden, und dessen Hülfe imploriren.

Noch ist zu bemerken, daß zur Erwerbung einer solchen Servitut, welche durch richterliche Adjudication constituirt wird, keine Tradition erfordert wird[73]). Denn schon die Gesetze der zwölf Tafeln zählten die Adjudication bey den iudiciis divisoriis zu den bürgerlichen Erwerbungsarten[74]). Häufig wird jedoch eine servitus necessaria mit einer servitus legalis vermischt, z. B. wenn der Eigenthümer

72) Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. Th. V. Not. 6. pag. 226.

73) *L.* 22. §. 3. *D. Fam. erciſc.* *L.* 6. §. 10. *L.* 10. §. 1. *L.* 18. *D. Comm. divid.* S. WESTPHAL cit. lib. §. 871.

74) ULPIANI *Fragm.* Tit. 19. §. 16. bey *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 625.

thümer den natürlichen Abfluß des Wassers von dem höher liegenden Lande seines Nachbars leiden [75]), oder am Ufer eines schiffbaren Flußes einen Weg zum Schiffziehen auf seinem Grundstück einräumen muß [76]). Allein in solchen Fällen, wo das Gesetz selbst die Servitut auflegt, bedarf es keiner richterlichen Adjudication.

## §. 629.

### 3) Durch Verjährung. Geschichte und Erfordernisse der Verjährung bey Dienstbarkeiten.

Einseitig werden Servituten endlich 3) auch durch Verjährung erworben [77]). Was diese aber für eine Art der Verjährung sey, ob sie ein von der Usucapion und prätorischen Präscription unterschiedenes blos nach dem Beyspiel der letztern eingeführtes eigenes ius longae usurpationis sey, wie **Marc. Aurel. Galvanus** [78]) meint, dem auch **Hofacker** [79]) und **Malblanc** [80]) beypflichten; oder ob sie nicht vielmehr für eine wahre Verjährung zu halten

75) *L.* 1. §. 23. *D. de aqua et aquae pluv. arc. act.* S. die gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 2 B. Nr. III.

76) S. *Christ. Gottl.* BIENERI Diss. de semita nautarum in ripis fluminum navigerorum, *Leinpfad* vulgo appellata. *Lipsiae* 1787.

77) Man vergleiche hier vorzüglich *Ev.* OTTONIS Diss. de Usucapione servitutum. in EIUS Collect. Dissertationum. *Trajecti ad Rhen.* 1728. und *Car. Guil.* WALCH Diss. de praescriptione servitutum constitutiva. *Ienae* 1797.

78) De Usufructu. Cap. XII.

79) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1099.

80) Princip. iuris Rom. P. II. §. 421.

halten sey, welche nach dem Unterschied der Fälle bald eine Usucapion, bald eine prätorische Präscription seyn könne, wie Vinnius [81]) und Westphal [82]) lehren; oder ob nicht endlich, ohne zwischen Usucapion und Präscription zu unterscheiden, nur eine einzige erwerbende Verjährung bey Servituten anzunehmen sey, wie die meisten Civilisten behaupten [83]); wird sich aus der historischen Entwickelung dieser Rechtslehre am besten beantworten lassen. Die Geschichte wird uns erst in den Stand setzen, ein richtiges System der erwerbenden Verjährung bey Dienstbarkeiten darzustellen.

Gewöhnlich pflegt man in der Geschichte dieser Rechtslehre fünf Perioden zu unterscheiden; nämlich die der zwölf Tafelgesetze, der Iurisprudentiae mediae, der Legis Scriboniae, des Prätorischen Rechts, und des Justinianeischen Rechts [84]).

Allein diese verschiedenen Perioden lassen sich füglich in zwey Hauptepochen vereinigen, nämlich die Periode des Civilrechts und die des Prätorischen Rechts.

Erste

81) Select. iuris Quaest. Lib. I. Qu. 31.

82) Interpretat. iuris de libert. et servit. praedior. §. 829. sqq.

83) Thibaut über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 14. u. 36. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. g. T. II. pag. 4. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 352. u. a. m.

84) S. GALVANUS c. l. OTTO cit. Diss. cap. 2. und vorzüglich *Ge. Frid.* WALCH Diss. historiam tam usucapionis, quam praescriptionis adquisitivae servitutum contin. Sect. I. *Goettingae* 1794.

## Erste Periode.

### Ursprung und Untergang der Usucapion bey Dienstbarkeiten nach dem römischen Civilrecht.

Noch in den Gesetzen der zwölf Tafeln ist von einer Usucapion der Dienstbarkeiten überall keine Rede. Zwar sprechen dieselben in den zu uns gekommenen Bruchstücken schon von einer auctoritate usus, die bey Grundstücken nach zwey Jahren, bey andern Sachen hingegen nach einem Jahre ein Recht gab, welches selbst vom Staat geschützt wurde [85]); man verstehe nun darunter entweder, wie die meisten behaupten, das volle römische Eigenthum [86]), oder, wie es Dabelow [87]) erklärt, blos gesetzlichen Schutz eines

85) Die Worte auf der sechsten Tafel lauten nach *Iac.* GOTHOFREDUS in Fontibus quat. iuris civ. so: *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto.* Die Richtigkeit dieser Restitution erhellet aus CICERO in *Topicis* cap. 4. und in Orat. *pro Caecinna* cap. 19.

86) So erklären das Wort *auctoritas* Juristen und Philologen. Man s. GRAEVIUS ad CIC. Orat. *pro Caecinna* cap. 19. p. 533. sqq. (Edit. *Amstelodam.* 1695. 8.) *Iac.* GOTHOFREDUS c. l. pag. 212. OTTO cit. Diss. Cap. 2. §. 2. unter den neuern Hugo im Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 77. (der zweyten Ausgabe). Hr. Hofr. Gros Geschichte der Verjährung nach dem Röm. Recht. Göttingen 1795. Abschn. 1. Thibaut a. a. O. §. 6. S. 67. f.

87) Ueber die Verjährung. 1. Th. Halle 1805. §. 2. S. 45. ff. Noch eine andere sonderbare Erklärung findet man in *Car. And.* DUCKERI Opuscul. var. de Latinitate lCtor. vet. pag. 279. wo es heißt: Versum illum XII. Tab. *Usus auctoritas fundi* etc. ita interpretor: ut qui fundum biennio vel caeteras res anno possedisset, perinde res eius fieret, atque si auctoritatem haberet, id est, *esset auctione res ipsi addicta.*

eines eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten und mit Publicität verbundenen Gebrauchs, woraus sich nachher erst die erwerbende Verjährung gebildet haben soll; allein die ganze Fassung der Worte ergiebt es, daß diese auctoritas usus blos bey körperlichen Sachen galt, und dies leidet um so weniger einigen Zweifel, da auch die Griechen, von welchen der Stoff zu den zwölf Tafeln entlehnt war, keine auctoritas usus bey unkörperlichen Sachen kannten [88]). Man band sich vielmehr so streng an die Worte, daß erst in spätern Zeiten vermittelst der logischen Interpretation dasjenige, was das Gesetz der zwölf Tafeln von fundis verordnet hatte, auch auf aedes ausgedehnt wurde, wie uns Cicero [89]) ganz deutlich sagt. Die Kürze der zwölf Tafeln machte jedoch eine ausdehnende Erklärung immer nothwendiger, und die römischen Rechtsgelehrten, welche sich die Auslegung derselben zum vorzüglichsten Geschäft machten, wurden hierdurch die Erfinder vieler neuer Rechtssätze, welche in ihrem Umfang genommen das *ius civile* der Römer im eminenten Sinn bildeten [90]). Durch die Auctorität derselben ward nun auch die Usucapion der Dienstbarkeiten eingeführt, welche, wie die Usucapion der Grundstücke, eine Zeit von zwey Jahren erforderte, während welcher man sie ausgeübt haben mußte.

88) S. Dabelow a. a. O. §. 5. S. 58.

89) *Topic.* c. 1. Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est: ut quoniam *usus auctoritas fundi biennium est*, sit etiam *aedium*. Aft in *Lege* aedes non adpellantur. Ferner in Orat. *pro Caecinna* c. 19. At utimur eodem iure in *aedibus*, quae in *Lege* non appellantur.

90) *L. 2. §. 5. D. de orig. iur.* CICERO *de Officiis* III. 16. et 17.

mußte. Cicero [91]) schreibt diese Erfindung ausdrücklich dem iuri civili zu, dahingegen er die Usucapion der Grundstücke a *Legibus*, d. i. von den Gesetzen der zwölf Tafeln ableitet. Um diese Ausdehnung zu rechtfertigen, war es schon genug, daß in den Gesetzen der zwölf Tafeln die Usucapion bey Servituten nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. Hierzu kam, daß Dienstbarkeiten die Grundstücke immer afficirten. Es war also ganz natürlich, daß die Erwerbung derselben durch Usucapion mit der Erwerbung der Grundstücke durch Usucapion nach gleichen Grundsätzen beurtheilt wurde. So kam es denn auch, daß zur usucapio servitutum gleichfalls zwey Jahre erfordert wurden [92]). Man streitet sich jedoch darüber, ob diese Usucapion bey allen Servituten Statt gehabt habe. Einige [93]) wollen

91) Orat. *pro Caecinna* Cap. 26. Fundus a patre (sc. familias) relinqui potest, at *usucapio fundi*, hoc est, finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed *a legibus*. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre: *sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur*. Unter RATA AUCTORITAS verstehen fast alle ein durch Usucapion begründetes Recht. S. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad Tit. D. de usurpat. et usucap. Andere verstehen jedoch darunter nur Gültigkeit überhaupt. S. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. II. Cap. 17. p. 141. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 153. Not.*) S. 182. der zweyten Ausgabe.

92) Daß das Biennium bey der Usucapion der Servituten Statt fand, erhellet aus AGGENUS URBICUS de controvers. agror. (in GOESII *auctorib. rei agrariae* pag. 53.) und aus PAPIANI libr. Responsor. Tit. XVIII. (bey SCHULTING in *Iurispr. Antejust.* pag. 839.) Man s. auch Dabelow a. a. O. §. 23.

93) CUJACIUS in Comm. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. II. Cap. 17. pag. 136. sqq.

wollen behaupten, daß nur servitutes urbanae hätten usucapirt werden können, weil sich nur bey diesen ein continuus usus denken lasse. Andere [94]) hingegen glauben, die Usucapion sey blos auf servitutes rusticas beschränkt gewesen, weil nur diese unter die res mancipi gezählt wurden [95]). Daher gedenke auch Cicero [96]) nur dieser ausdrücklich. Allein Janus a Costa [97]) und Johann D'Avezan [98]) haben die Gründe für beyde Meinungen sorgfältig geprüft und ausführlich widerlegt. Schon vermöge der Ausdehnung, welche nach Cicero das Wort: *fundus*, erhalten hatte, scheint es nicht dem geringsten Zweifel unterworfen zu seyn, daß die usucapio sowohl bey den servitutibus urbanis als rusticis Statt gefunden habe [99]).

Durch die Lex Scribonia [100]) wurde jedoch die durch die auctoritas Prudentum bey Dienstbarkeiten eingeführte Usu-

94) *Ant.* SCHULTING ad PAULI *Sent. Recept.* Lib. I. Tit. 17. §. 2. Not. 9. in Iurisprud. Antejust. pag. 256. *Frid. Es. a* PUFENDORF' Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 188. §. 3.

95) ULPIAN. *Fragm.* Tit. 19. §. 1.

96) Orat. *pro Caecinna* cap. 26.

97) Praelectiones ad illustriores quosd. Titulos iuris civ. ad L. 14. D. de Servitut. pag. 49. sqq.

98) Servitutum libr. P. IX. Cap. 4. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 222. sqq.)

99) Vergl. Hrn. Hofr. Gros Geschichte der Verjährung S. 20. f. Dabelow über Verjährung §. 23. Not. l. S. 132. und WALCH Diss. cit. de praescript. servitut. constitutiva §. 4.

100) S. *Iac.* RAEVARDI ad Legem Scriboniam liber sing. in EIUS *Operib.* Tom. II. pag. 709. seqq. (edit. *Lugdun.* 1623. 8.) *Io. Fernand. de* RETES Succisiva Selectio ad Legem Scriboniam (bey

Usucapion wieder aufgehoben, und allgemein verordnet, daß Servituten nicht sollten usucapirt werden können [1]). Ueber das Zeitalter dieses Gesetzes läßt sich mit Gewißheit nichts bestimmen, doch ist es wahrscheinlicher, daß dasselbe unter den erstern Kaisern, als daß es noch zu den Zeiten der Republik gegeben worden sey [2]). Noch viel unbekann-

(bey MEERMAN Tom. VI. pag. 463.) *Greg.* MAJANSII Diss. de Lege Scribonia, servitutum usucapionem prohibente; (in EIUS Dissertationib. iur. civ. Tom. II. Diss. 68.) *Io. van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. und *Sam.* LUCHTMANS Diss. ad Legem Scriboniam de sublatis servitutum usucapionibus. *Lugd. Batav.* 1786.

1) PAULUS *L. 4. §. fin. D. de usurpat. et usucap.* sagt: Eam usucapionem sustulit *Lex Scribonia*, quae servitutem constituebat. Die Lesart: *Lex Voconia* bey Haloander ist offenbar unrichtig, ob sie gleich bey *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. pag. 730. und *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 22. pag. 214. Beyfall gefunden hat. Man sehe aber GOTHOFREDUS in not. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat.

2) Die Meinungen über das Alter und den Urheber des Scribonischen Gesetzes sind bekanntlich sehr verschieden. Cujaz in Commentar. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. Balduin in Iurisprud. Mutiana pag. 281. ad L. 7. D. de servitut. praed. urb. und *Io.* D'AVEZAN in Servitut. libr. P. IX. cap. 5. setzen dasselbe noch in die Zeiten der Republik, und halten den *L. Scribonius Libo*, der ums Jahr 603 nach Erb. Roms Volkstribun war, und dessen Cicero in seinem Brutus und in seinen Briefen an den Atticus mehrmals gedenkt, für den Urheber. Allein die Gründe, welche Dabelow über die Verjährung §. 37. Not. b. S. 186. dieser Meinung entgegengesetzt hat, sind sehr erheblich. Daß das Gesetz unter den ersten Kaisern sey gegeben worden, behaupten die meisten. Hier giebt

kannter ist der wahre Grund des Scriboniſchen Geſetzes. Paulus [3]) ſagt zwar: *Servitutes praediorum ruſticorum*, etiam ſi corporibus accedunt, *incorporales tamen ſunt*: et ideo uſu non capiuntur: vel ideo, quia tales ſunt ſervitutes, *ut non habeant certam continuamque poſſeſſionem.* Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire poteſt, ut nullo momento poſſeſſio eius interpellari videatur. Idem et *in ſervitutibus praediorum urbanorum* obſervatur. Allein die hier angeführten Gründe ſind ſo beſchaffen, daß ſie jeden bey genauerer Prüfung überzeugen müſſen, Paulus habe den wahren Grund des Geſetzes ſelbſt nicht mehr gewußt. Johann van de Water [4]), Gre-

giebt es aber wieder dreyerley Meinungen. Hotoman de Legib. Cap. *de L. Scrib.* pag. 67. eignet das Geſetz dem C. *Scribonius Curio* zu, der im J. d. E. R. 677 mit dem *Cn. Octavius* Conſul war. Råvard ad L. Scribon. Princ. (*Operum* T. II. pag. 709.) dem auch *Fr.* RAMOS DEL MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. II. §. 12. (bey MEERMAN T. VII. p. 66.) *Fern. de* RETES cit. loc. §. 3. p. 465. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diſſ. §. 6. und LUCHTMANS cit. Diſſ. §. 2. beyſtimmen, hält den *L. Scribonius Libo*, der unterm K. Tiber im Jahr der Erb. Roms 769 mit dem *T. Statilius Siſenna Taurus* Conſul war, für den Urheber. DIO CASSIUS Lib. 57. gedenkt dieſes Conſuls. Endlich iſt M. Aurel. Galvanus de Uſufructu Cap. XII. §. 4. der Meinung, daß das Geſetz von demjenigen *L. Scribonius Libo* ſeinen Namen erhalten habe, welcher im J. der E. R. 719 mit dem *M. Antonius* Conſul war, und daß es alſo nicht lange nach den Zeiten des Cicero ſey gegeben worden. Dieſe Meinung hält *Io. van de* WATER Obſerv. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 215. für die wahrſcheinlichſte.

3) *L. 14. D. de Servitut.*

4) Obſervat. iur. Rom. cit. loc. pag. 221. ſq.

Gregor Majansius [5]) und Everh. Otto [6]) haben dieses ausführlicher gezeigt. Ob das Scribonische Gesetz auf alle Servituten, oder nur auf eine gewisse Art derselben gegangen sey, ist ebenfalls streitig. Nach einigen [7]) soll dieses Gesetz die Usucapion blos bey den servitutibus urbanis aufgehoben haben. Allein die Schwäche der Gründe, auf denen diese Meinung beruht, hat schon Ravard [8]) so deutlich vor Augen gelegt, daß ihr wohl Niemand im Ernst seinen Beyfall geben kann. Andere [9]) wollen behaupten, daß das Scribonische Gesetz nur bey servitutibus rusticis die Usucapion verboten habe. Erst späterhin sey durch die Auslegung der Rechtsgelehrten und durch den Gerichtsgebrauch das Gesetz auch auf servitutes urbanas ausgedehnt worden. Allein die Worte: *Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*, in der oben aus Paulus angeführten Stelle geben zu dieser Behauptung noch keinen gegründeten Anlaß; und eben so wenig die noch zu Hülfe genommene Stelle Ulpians [10]), wenn dieser

5) Diss. cit. §. 6. et 7.

6) Diss. de usucap. servitut. Cap. II. §. 15.

7) CUJACIUS ad L. 4. §. ult. D. de servitut. dem auch BRANCHU Observation. ad ius Rom. Dec. II. cap. 17. pag. 142. sq. beypflichtet.

8) Ad L. Scribon. nr. 6. (*Operum* RAEVARDI Tom. II. p. 717. sq.) Man sehe auch *Ian. a* COSTA Praelect. cit. pag. 52.

9) *Io.* D'AVEZAN Servitut. lib. P. IX. cap. 5. *Ian. a* COSTA Praelect. cit. pag. 54. und Dabelow über die Verjährung §. 37. S. 188.

10) *L. 10. D. de usurpat. et usucap.* Die Redensart: *Hoc iure utimur*, brauchen die Rechtsgelehrten überhaupt, wenn sie anzeigen

ser sagt: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint*, in welcher ohnehin gar nicht einmal von einer Usucapion, sondern blos von der prätorischen Präscription die Rede ist [11]). Es kann wohl seyn, daß in den letzten unruhigen Zeiten der Republik die Ländereyen mit Dienstbarkeiten, die man durch Usucapion erlangt hatte, so sehr beschwert worden waren, daß der dadurch verminderte Werth derselben die Aufhebung der Usucapion bey den Servituten um so nothwendiger machte, je größer der Nachtheil war, den ein Römer durch eine besonders bey servitutibus rusticis so leicht mögliche Usucapion erleiden konnte [12]). Ein Gesetz dieser Art war auch um so eher durchzusetzen, da es nur das alte Recht wieder herstellte. Indessen läßt doch die Allgemeinheit der gesetzlichen Disposition uns nicht daran zweifeln, daß das Verbot des Scribonischen Gesetzes auf keine besondere Art der Servituten beschränkt gewesen sey, wie Răvard [13]) mir sehr gründlich dargethan zu haben scheint. Ja ich bin mit Galvanus [14]) ganz darin einverstanden, daß auch die

zeigen wollen, daß etwas geltendes Recht sey. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Uti*, und meinen Commentar 1. Th. S. 4. f.

11) Ohne Grund halten *Ant.* GOVEANUS Lib. I. variar. Lection. cap. 19. und *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. die Worte *longo tempore capi* für einen Tribonianismus. Man sehe dagegen *Io. van de* WATER c. l. pag. 228. sqq. und GALVANUS c. l. pag. 109.

12) S. Dabelow a. a. O. §. 37. S. 188. folg.

13) Lib. ad Leg. Scribon. nr. 6. (*Operum* T. II. pag. 718.)

14) De usufr. Cap. XII. §. 13. pag. 116. edit. *Tubing.*

die Usucapion bey den persönlichen Dienstbarkeiten durch ebendasselbe Gesetz sey aufgehoben worden.

## Zweyte Periode.

### Prätorisches Recht mit seinen Abänderungen und Erweiterungen bis auf Justinian.

Schon gegen das Ende der Republik entstand ein neues Rechtsinstitut, nämlich die nachmals ausschließend sogenannte Präscription, welche sich zur Usucapion gerade so verhielt, wie sich andere prätorische Rechtsmittel zu dem strengen Recht verhalten. Daß dieses Institut zuerst durch die römischen Juristen aufgebracht, und nachher durch den Prätor bestätiget worden sey, wie **van de Water** [15]) und **Conradi** [16]) behaupten wollen, ist eben so unerweislich, als unwahrscheinlich. Es gründet sich vielmehr, wie alle prätorische Rechtsinstitute, auf das den Prätoren eingeräumte ius adiuvandi, vel supplendi vel corrigendi ius civile, propter publicam utilitatem, wie **Papinian** [17]) das sogenannte *ius honorarium* vortreflich characterisirt. Denn die Präscription sollte in den Fällen Statt finden, wo entweder gar keine Usucapion zulässig war, oder die Erfordernisse derselben mangelten [18]). Sie unterschied sich von der Usucapion unter andern vorzüglich darin, daß bey ihr eine längere Zeit erfordert wurde. Die Bestim-



15) Observation. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 228.

16) Historia usucapion. et longi temporis praescriptionum. (*Lipsiae* 1778.) §. 10.

17) *L. 7. §. 1. D. de Iust. et Iure.*

18) Dabelow über die Verjährung §. 33. S. 159. u. 160.

stimmung derselben scheint Anfangs blos von dem Gutdünken des Prätors abgehangen zu haben [19]), erst durch die Verordnungen der Kaiser ward ein für allemal festgesetzt, daß nach dem Unterschiede der Gegenwart oder Abwesenheit ein Zeitraum von zehn oder zwanzig Jahren erforderlich seyn sollte [20]). Es ist merkwürdig, daß die Präscription sowohl bey beweglichen als unkörperlichen Sachen ausgeschlossen war [21]). Von einer Präscription der Servitu-

19) *Ian. a* COSTA Praelection. cit. pag. 56. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 8. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 227. Es kann vielleicht auch dem Ermessen der Centumviralrichter überlassen gewesen seyn, wie *Io. van de* WATER c. l. pag. 228. behauptet. Denn daß Usucapionssachen vor ihr Tribunal gehörten, erhellet aus CICERO de Orator. Lib. I. cap. 38. Man sehe auch ZEPERNICK Disquisit. de causis centumviralibus §. 6. bey SICCAMA de iudicio centumvirali pag. 247. sqq.

20) *L. 76. §. 1. D. de contrah. emt.* Sed et longae possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat *tempora, constitutionibus statuta.* Wenn dieses geschehen, ist zwar ungewiß, indessen erhellet doch aus Paulus *Sent. Recept.* Lib. V. Tit. 2. §. 3. daß schon zu den Zeiten dieses Rechtsgelehrten die Präscriptionszeit auf die oben angeführte Art bestimmt gewesen sey. Es ist daher ein auffallender Anachronismus, wenn *Abr.* WIELING in Praetermissis ad *Hahnii* Orat. de usu Chronologiae in iure §. 48. in *Iurisprud. Restituta* pag. 236. behauptet, erst Kr. Justinian habe *L. ult. C. de praescr. longi temp.* den Zeitraum von zehn und zwanzig Jahren bey der prätorischen Präscription bestimmt. *Io. van de* WATER l. c. pag. 229. hält es für wahrscheinlicher, daß diese Bestimmung schon vom Kr. Hadrian herrühre.

21) Dabelow §. 34. S. 175. giebt hiervon die nähern Gründe an.

vituten konnte aber auch ohnehin keine Frage seyn, weil vor dem Scribonischen Gesetz usucapio dabey Statt fand. Erst unter den Kaisern wurde durch Rescripte zuvörderst die Präscription auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt [22]). Es folgte hierauf auch die Ausdehnung derselben auf unkörperliche Sachen durch die Interpretation der römischen Juristen, seitdem die Lehre von der possessio vel quasi entstanden war, und nunmehr das Hinderniß wegfiel, welches bisher der Einführung der Präsciption bey unkörperlichen Sachen entgegengestanden hatte. Allein bey Servituten blieb auch nach dem Scribonischen Gesetz die praescriptio eben so gut als die usucapio ausgeschlossen [23]). Denn es war überall Grundsatz des Prätors, Keinen durch seine Rechtsmittel gegen Prohibitivgesetze zu unterstützen. Es ist auch unerweislich, daß durch die Auctorität der römischen Juristen die praescriptio bey Servituten eingeführt worden sey. Man glaubte indessen, dem Scribonischen Gesetz nicht zu nahe zu treten, wenn man durch die disputatio fori, als Ausnahme von der Regel, den Satz annahm, daß eine einmal erworbene Servitut, welche durch bloßen Nichtgebrauch verloren worden, nachher durch erneuerten Gebrauch von zwey Jahren wieder erworben werden könne [24]). Gleichwohl finden wir in Justi-



22) *L. 9. D. de div. tempor. praescr.* Rescriptis quibusdam D. MAGNI ANTONINI cavetur, ut *in rebus mobilibus* locus sit praescriptioni diutinae possessionis.

23) Dabelow §. 48. und §. 49. Man vergleiche auch GALVANUS de Usufructu Cap. XII. §. V. pag. 108. edit. *Tubing.*

24) PAULUS *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 17. §. 2. Servitus hauriendae aquae vel deducendae, biennio omissa, intercidit, et bien-

nians Gesetzsammlung verschiedene Fragmente, die von einer auch nach dem Scribonischen Gesetz bey Servituten schon

biennio usurpata recipitur. Ueber den Sinn dieser Stelle sind zwar die Ausleger verschiedener Meinung. CUJACIUS in Comm. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. dem auch WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 830. Not. 739. beystimmt, versteht sie so, daß eine Servitut zwar durch einen zweyjährigen Nichtgebrauch verlohren gehe; hätte sich jedoch der Berechtigte vor Ablauf dieses Zeitraums derselben noch bedient, so werde sie durch diesen Gebrauch erhalten, wenn sie auch schon ihrem Untergang nahe gewesen wäre. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß Paulus nicht de retinenda, sondern de *recipiendâ servitute* redet. Dies setzt voraus, daß die Servitut erloschen war. *Greg.* MAJANSIUS in Diss. de Lege Scribonia §. II. (*Disputation. iuris civ.* Tom. II. pag. 339.) glaubt daher vielmehr, der Sinn jener Worte sey der: Wenn der Eigenthümer des dienstbaren Gutes die servitutem hauriendae aquae zwey Jahre usurpirt, welche der Eigenthümer des herrschenden Gutes durch Nichtgebrauch verlohren hat, so erhalte jener die Servitut wieder, das ist, die Freyheit, die sein Grundstück verlohren hatte. Allein die ganze Fassung der Worte, ja aller Sprachgebrauch streitet dieser Erklärung entgegen. Nicht zu gedenken, daß Paulus von einer servitute rustica spricht, die keine usucapio libertatis erforderte. Andere, zu welchen vorzüglich *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 4. *Ian. a* COSTA ad §. 3. I. de reb. corp. et incorp. und SCHULTING in Not. ad loc. h. Pauli pag. 256. *Iurisprud. Antejustin.* gehören, denen auch WALCH in Diss. cit. de praescript. servitut. constitutiva §. IV. not. q. beystimmt, verstehen die Stelle des Paulus von dem ältern Recht, welches vor dem Scribonischen Gesetz galt. Allein dieser Meinung steht entgegen, daß die *Receptae Sententiae* des Paulus, wie schon der Name anzeigt, blos geltendes Recht enthielten. Es ergiebt dies auch die ganze Fassung der Worte. Die natürlichste Erklärung ist daher wohl unstreitig diejenige, daß

Pau-

schon vor Justinian angenommenen Verjährung verstanden werden können. So z. B. sagt **Ulpian** [25]): Si quis *diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit*, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed *utilem* habet *actionem*, ut ostendat, *per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse.* Eben so Kr. **Antonin** [26]): Is, qui iudex erit, *longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere*, sciet; und an einem andern Ort sagt eben dieser Kaiser [27]): Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti, *servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.* Mehrere Rechtsgelehrten nehmen daher an, man habe bey Servituten eine **ausserordentliche Verjährungsart** zugelassen. Allein die Sache verhält sich vielmehr auf fol-

 gende

**Paulus** von der Wiedererlangung einer durch bloßen Nichtgebrauch erloschenen Dienstbarkeit rede, welche der damalige römische Gerichtsgebrauch, als Ausnahme von der Regel des Scribonischen Gesetzes, zuließ, weil hier nicht von Erwerbung einer neuen Servitut die Rede war. Diese Erklärung nehmen an RAMOS DEL MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. cap. 2. §. 18. bey MEERMAN T. VII. pag. 67. GALVANUS de Usufr. Cap. XII. §. 4. BRANCHU Observat. ad Ius Rom. Decad. II. Cap. 17. pag. 135. und *van de* WATER Obs. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 226. Ich bemerke nur noch, daß das Wort *usurpare* hier so viel, als usu acquirere bedeutet, in welchem Sinn es öfters von den Klassikern gebraucht wird. S. BRISSONIUS de Verbor. Significat. *h. v.* und noch vorzüglich **Gros** Gesch. d. Verjährung S. 62. f.

25) *L. 10. D. Si servit. vindicet.*

26) *L. 1. C. de Servitutib.*

27) *L. 2. C. eodem.*

gende Art. Wenn gleich das Scribonische Gesetz die Usucapion der Dienstbarkeiten aufgehoben hatte, so glaubte doch der Prätor, dieses Verbots ungeachtet, denjenigen im Besitz schützen zu müssen, welcher ein longum tempus hindurch sich im Besitz und in der Ausübung einer Servitut weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise befunden hatte. Dieser Schutz, der sich ohne Ausnahme auf alle Servituten erstreckte, war aber keine Präscription, wie Caspar Schifordegher [28]) meint, sondern wurde nach den Grundsätzen von den prätorischen possessorischen Rechtsmitteln beurtheilt. Der Besitzer der Servitut wurde daher nur so lange in seinem Besitz geschützt und erhalten, bis durch den Rechtsstreit über die Zuständigkeit der Servitut entschieden war, daß ihm keine Dienstbarkeit zustand. Aber bey diesem Rechtsstreite kam dem Besitzer das *longum tempus* dahin zu Statten, daß daraus für ihn, wenn er die Eigenschaften des dabey vorausgesetzten Besitzes nachgewiesen hatte, die gegründete Vermuthung entstand, daß er die Servitut auf eine rechtmäßige Art erworben habe. Wegen dieser Vermuthung konnte sich daher der in Anspruch genommene Besitzer der streitigen Dienstbarkeit nicht nur wider die gegen ihn erhobene Negatorienklage mit der Einrede des vieljährigen Besitzes vertheidigen, und dem Kläger lag es in diesem Falle ob, die Freyheit seines Eigenthums auf das bündigste darzuthun; sondern, wie in der Folge die prätorische Präscription durch Einführung einer rei vindicatio utilis den Character der erwerbenden Verjährung annahm, so ward auch demjenigen, der lange Zeit hindurch eine Servitut auf einer fremden Sache nicht gewalt-

28) Ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. V. Qu. 4. pag. 40.

gewaltsam, noch heimlich, auch nicht bittweise ausgeübt hatte, eine vindicatio servitutis in ungefähr gleicher Art gestattet, wie man die actio Publiciana demjenigen gestattete, welcher iusto titulo und bona fide eine fremde Sache an sich gebracht hatte, nicht anders als ob er selbst der Eigenthümer sey [29]). Nun konnten zwar, nachdem einmal das Scribonische Gesetz gegeben war, gegen das ausdrückliche Verbot desselben, Servituten so wenig usucapirt, als longo tempore präscribirt werden. **Ulpian** [30]) giebt dies

29) Man sehe hier vorzüglich Dabelow über die Verjährung. 1. Th. §. 49.

30) *L. 10. §. 1. D. de usurpat. et usucap.* Die meisten erklären zwar diese Stelle von der Usucapion, und halten die Worte *longo tempore capi* für einen Tribonianismus. Man sehe z. B. *Ian. a* COSTA in Comm. ad pr. I. de Servitut. GALVANUS de Usufr. Cap. XII. §. 4. BRANCHU Observ. iur. Rom. cap. XVII. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 6. *Io.* WYBO Tribonian. ab Emblematib. Wissenbachii liberat. Cap. VI. §. 17. und WESTPHAL de lib. et servitut. §. 830. Allein zu dieser Beschuldigung ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Mit Recht erklären daher Andere die Stelle Ulpians von der prätorischen Präscription, wie z. B. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tr. V. Qu. 6. *Franc. Ramos del* MANZANO Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. 2. §. 16. *Ulr.* HUBER Digression. Iustinianear. Lib. II. cap. 17. §. 5. und *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. Das Wort *nusquam*, das Ulpian hier gebraucht hat, soll, wie Manzano a. a. O. bemerkt, auf den Ort hindeuten, und so viel sagen, daß Servituten auch in den Provinzen eben so wenig, als in Italien, präscribirt werden könnten. Zwar war es keinem Zweifel unterworfen, daß ein redlicher Besitzer, der ein Grundstück usucapirte, auf diese Art auch zugleich die dem Grundstück zustehenden Dienstbar-

dies auch deutlich genug zu verstehen, wenn er sagt: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.* Allein das Interesse des Staats, endlosen Streitigkeiten vorzubeugen, welches bey Servituten desto stärker wirkte, je leichter jene zwischen Nachbaren vorfallen können, machte es nothwendig, durch den Gerichtsgebrauch den Satz geltend zu machen, daß bey Servituten dem langwierigen fehlerfreyen Besitz die Kraft einer erwerbenden Verjährung beyzulegen sey. Folgende Stellen aus Ulpian werden uns hiervon überzeugen.

*L.* 1. §. *ult. D. de aqua et aquae pluv. arc.* In servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur.

*L.* 5.

barkeiten erwarb. Allein die Frage war, ob nicht auch der Eigenthümer oder redliche Besitzer eines Grundstücks für dasselbe eine Servitut erst durch Präscription erwerben könne? Diese Frage entscheidet Ulpian nach dem Rechte seines Zeitalters verneinend. Da indessen Tribonian die Fragmente aus den Schriften der römischen Juristen oft in einem andern Sinn in Justinians Gesetzsammlung aufgenommen hat, als welchen sie ursprünglich hatten, wie ich schon öfters in diesem Commentar bemerkt habe; so kann man nun die Stelle Ulpians mit *van de* WATER am angef. Orte auch ganz füglich in dem Sinne nehmen, daß Niemand eine Servitut durch Verjährung erwerben könne, der nicht Eigenthümer des herrschenden Guts ist, dem die Servitut zum Nutzen gereicht. Diese Erklärung wäre denn auch dem allgemeinen Grundsatz gemäß, den Ulpian *L.* 1. *D. Commun. praedior.* lehrt.

*L.* 5. §. 3. *D. de itinere actuque privato.* Si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.

Diese ausserordentliche Verjährungsart, welche man bey Servituten zuließ, unterschied sich jedoch von der ordentlichen Präscription hauptsächlich darin, daß zu jener weiter nichts, als ein fehlerfreyer Besitz erfordert wurde. Ein rechtmäßiger Titel, ohne welchen keine ordentliche Präscription Statt hatte, war hier nicht nöthig, wie **Ulpian** in einer schon oben angeführten Stelle [31]) ausdrücklich sagt: Non est ei necesse docere *de iure, quo aqua constituta est*, veluti ex legato vel alio modo. **Duaren** [32]) und **Råvard** [33]) haben zwar dagegen verschiedene Einwendungen gemacht, allein Herr Hofrath **Gros** [34]) hat sie ausführlich und gründlich beantwortet. Die bona fides des Besitzers war hingegen auch bei der Verjährung der Servituten eine Haupterforderniß [35]). Diese mußte auch, sofern

31) *L. 10. D. Si servit. vindicet.*

32) Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 34.

33) Ad Leg. Scribon. cap. 7.

34) Geschichte der Verjährung S. 58. f.

35) Dies ist, seit dem die Verjährung bey Servituten aus einer blos schützenden eine erwerbende wurde, ausser Zweifel. Ob aber auch schon vorher zur Manutenenz bey der fernern Ausübung der Servitut die bona fides erforderlich gewesen? ist streitig. Råvard ad L. Scribon. nr. 8. *Hieron.* ELENUS Diatribar. seu Exercitation. ad ius civ. Lib. II. cap. 11. (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1434.) und Hr. Hofr. Gros a. a. O. S. 57. tragen kein Bedenken, diese Frage zu beja-

fern es dem Besitzer an einem Titel fehlte, die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauert haben [36]). Hierdurch zeichnet sich ebenfalls die Erwerbung der Servituten als eine ausserordentliche Verjährungsart aus. Denn bei der ordentlichen Präscription war die bona fides blos zu Anfange des Besitzes erforderlich. Eine mala fides superveniens hemmte den Lauf derselben nicht [37]). Da ferner der Besitz kein heimlicher seyn durfte, so war es auch ganz natürlich, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes es wissen mußte, daß sein Nachbar eine Servitut darauf ausgeübt hat. Daher erklärt sich, warum in dem Rescript des Krs Caracalla [38]), dessen Worte oben angeführt worden sind, auf die Wissenschaft des Andern, auf dessen Grundstücke die Servitut ausgeübt worden ist, ein solches Gewicht gelegt wird, daß der Kaiser deswegen unbedenklich eine Erwerbung durch Präscription annehmen zu müssen glaubte. Viele [39]) sind zwar anderer Meinung, und glauben, es sey bloß auf das Betragen desjenigen angekom-

bejahen. Allein Dabelow über die Verjährung S. 225. glaubt, die bona fides sey anfangs nicht nöthig gewesen.

36) S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. V. Qu. 3. *Fr. Ram. del* MANZANO in Commentar. cit. P. II. Cap. 2. §. 25. (bey MEERMAN T. VII. pag. 69.) und *Ios. Fernand. de* RETES in succis. Select. ad Leg. Scriboniam §. 17. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 468.)

37) *L. 48. §. 1. D. de acquir. rer. dom.*

38) *L. 2. Cod. de Servitut.*

39) Z. B. GALVANUS de usufr. cap. XII. §. 9. pag. 114. *de* RETES cit. Select. ad L. Scribon. §. 18. LYKLAMA Membranar. Lib. II. Eccloq. 6. u. a. m.

kommen, der die Servitut ausgeübt hat. Genug wenn diese Ausübung auf eine solche Art geschehen sey, daß der Eigenthümer davon habe Wissenschaft erhalten können, so sey der Besitz kein heimlicher. Caracalla sage zwar freylich in der angeführten Constitution: Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti. Allein man sey nicht berechtiget, diesen faktischen Umstand, der blos zur Geschichtserzählung des Anfragenden gehörte, geradezu für ein rechtliches Erforderniß zu erklären. Dieser Meinung stehen indessen nicht unerhebliche Zweifel entgegen. Offenbar enthalten die angeführten Worte den Entscheidungsgrund des Rescripts. Es dürfte also mit der Interpretation der Rescripte in dem Justinianeischen Codex sehr übel aussehen, wenn wir die zur Geschichtserzählung gehörigen Umstände übersehen wollten, wie auch Dabelow[40]) mit Recht dagegen schon erinnert hat. Denn die Kaiser entschieden in ihren Rescripten blos einzelne Rechtsfälle nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts[41]). Sodann sagt Ulpian *L.* 5. *D. de servitut. praedior. urbanor.* INVITUM *in servitutibus* accipere debemus non eum, *qui contradicit*, sed eum, *qui non consentit.* Nach diesem Ausspruch mußte jede Handlung für widerrechtlich gehalten werden, welche ohne Wissen und Willen des Eigenthümers von einem Andern auf seiner Sache zum Nachtheil ihrer Freyheit unternommen wurde, nicht anders, als ob der Eigenthümer ausdrücklich widersprochen hätte[42]). Mit Recht schreibt daher Schifordegher[43]): *Vix est*,

us

40) Ueber die Verjährung S. 228. Not. u.

41) Vergl. ECKHARDI Hermenevt. iuris §. 221. pag. 404.

42) S. WESTPHAL de lib. et serv. praedior. §. 520.

43) Ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. 6. Qu. 4. Man sehe auch GIPHANIUS ad L. 2. Cod. de Servitut. pag. 175.

*ut quis uti potuerit ſervitute, nec vi, nec clam, nec precario, quin ea uſus fuerit, non ſolum ſciente, ſed et patiente domino.* Eben dieſes Erforderniß der Wiſſenſchaft des Eigenthümers macht es nun auch begreiflich, warum man bey der Verjährung der Dienſtbarkeiten durchgehends mit dem Ablaufe von zehn Jahren zufrieden war. Denn ſchon dieſer Termin machte ein tempus longum aus, der Unterſchied hingegen, den man zwiſchen Gegenwart und Abweſenheit des Eigenthümers bey der ordentlichen Präſcription machte, und die Verdoppelung der Zeit im Fall der Abweſenheit paßte auf die Verjährung der Servituten nicht [44]). Alle die bisher angegebenen Beſtimmungen laſſen keinen Zweifel übrig, daß auch noch nachher, nachdem die Verjährung bey Servituten aus einer blos ſchützenden eine erwerbende geworden, dieſelbe dennoch als eine auſſerordentliche Verjährungsart vor Juſtinian behandelt worden ſey. Daher kommt es auch, daß die confeſſoriſche Klage, welche wegen einer auf dieſe Art erworbenen Servitut angeſtellt werden konnte, nur eine actio utilis war [45]).

Ja

44) S. Dabelow S. 225. In einigen Stellen iſt zwar vom unvordenklichen Beſitz die Rede. *L. 3. §. 4. D. de aqua quotid. L. 2. §. 1. et §. 7. D. de aqua et aquae pluv.* Allein dieſe gehören gar nicht hierher. Denn man kann hier gar nicht ſagen, daß von einer durch Verjährung erworbenen Dienſtbarkeit die Rede ſey. Denn wenn der Anfang einer Servitut nicht mehr auszumitteln iſt, ſo gilt dieſelbe für rechtmäßig conſtituirt, weil der Titel alsdann präſumirt wird. *L. 3. §. 4. cit.* ſagt ausdrücklich: Ductus aquae, cuius origo memoriam exceſſit, *iure conſtituti loco habetur.* Add. *L. 26. D. eodem.* S. H. Hofr. Gros Geſchichte der Verjährung S. 56. folg.

45) *L. 10. D. Si ſervit. vindicet. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluviae.*

Ja Ulpian[46]) nennt sogar eine durch Verjährung erworbene Servitut blos eine *Quasi servitus*.

So war nun also schon vor Justinian in den Gerichten der, selbst durch kaiserliche Rescripte bestätigte, Grundsatz angenommen, es finde bey Servituten eben so gut Erwerbung durch Verjährung, als bey andern Sachen, Statt. So wichtig nun auch die Reformen waren, die Justinian *L. un. C. de usucap. transform.* in der Lehre von der Verjährung vornahm, so wenig ist dennoch erweislich, daß er die den Servituten eigenthümliche erwerbende Verjährungsart abgeschaft habe[47]). Es ist indessen nicht zu läugnen, daß sie durch ihn manche sehr wichtige Veränderungen erlitten hat. Durch die *L. ult. C. de praesc. longi temp.* wurde nämlich der Unterschied zwischen Gegenwart und Abwesenheit, wobey lediglich auf den Wohnort (domicilium) sowohl des Eigenthümers, als des Präscribirenden geschehen, und Abwesenheit nur dann angenommen werden soll, wenn beyde Partheyen nicht in derselben Provinz, sondern in verschiedenen Provinzen ihren Wohnort haben, nun auch bey der Verjährung der Servituten eingeführt, das Erforderniß der bona fides blos auf den Anfang des Besitzes eingeschränkt, hingegen das in dem oben angeführten Antoninischen Rescripte[48]) angenommene Requisit, — die Wissenschaft des Eigenthümers,

46) *L. 1. §. ult. D. cit.*

47) S. Gros a. a. O. 4. Abschn. S. 78. f. und Dabelow §. 57. S. 276.

48) *L. 2. C. de Servitutib.*

mers, — wieder aufgehoben [49]). Das Resultat davon ist, daß nach Justinians Ausgleichung Servituten in zehn Jahren *inter praesentes*, und in zwanzig Jahren inter absentes durch die Verjährung erworben werden können, sobald nur der Besitzer von Anfang an in bona fide war. Iustus titulus hingegen ist auch nach dem neuesten Rechte bey dieser Verjährung nicht erforderlich [50]).

Aus dieser historischen Darstellung mag nun der Leser selbst beurtheilen, was von der Theorie derjenigen Rechtsgelehrten [51]) zu halten sey, welche meinen, daß Servituten nach den Römisch-Justinianeischen Rechten sowohl durch Usucapion als durch Präscription erworben werden könn-

49) Merkwürdig sind die letzten Worte der *L.* 12. *C. de praescr. longi temp.* Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, *veluti ususfructus, et caeterae servitutes*; wodurch also Justinian die in diesem Gesetz enthaltene, und die Bestimmung der Gegenwart und Abwesenheit betreffende Verordnung auch auf die Verjährung der Dienstbarkeiten ausdehnte, als welche er hier an sich schon als bekannt voraussetzte. S. SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tr. V. Qu. 4.

50) S. Dabelow S. 277. Viele sind zwar anderer Meinung. Man sehe z. B. *Io. Bapt. Andr.* LOEHLEIN Progr. quo communem opinionem de ordinaria praescriptione servitutum, sine titulo currente, legibus et rationi repugnare, demonstratur. *Wirceburgi* 1753. 4. Allein offenbar beruhet diese Meinung auf einem Mißverstande der Worte: ut *bono initio* possessionem tenentis in der *L.* 12. *C. de praescript. longi temp.* wie ich noch in der Folge näher zeigen werde.

51) VINNIUS select. Quaest. iuris Lib. I. cap. 31. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 830. Not. 739. pag. 567. sqq.

könnten. Man sagt nämlich, durch Usucapion könnten jetzt wieder Dienstbarkeiten erworben werden, weil Justinian dadurch, daß er den Unterschied zwischen der praescriptio longi temporis und usucapio aufgehoben hat, die bey Servituten durch das Scribonische Gesetz abgeschafte Usucapion wieder eingeführt habe. Durch Präscription hingegen, wenn sich Jemand weder gewaltthätig, noch heimlich, auch nicht bittweise der Servitut die gesetzliche Zeit hindurch bedient. Nach dieser Theorie sollen zwar beyde Verjährungsarten in Rücksicht der erforderlichen Zeit, und darin mit einander übereinkommen, daß sie eine vollkommene Erwerbung der Servitut bewirken; sonst aber sollen sie darin unterschieden seyn, daß bey der usucapio servitutum *titulus* und *bona fides* erfordert werde, wogegen auf die Wissenschaft des Eigenthümers nichts ankomme; bey der praescriptio aber zwar weder bona fides noch titulus nöthig sey, die Wissenschaft des Eigenthümers hingegen loco tituli erfordert werde. Das Urtheil, welches über diese Theorie von einem unserer heutigen Civilisten [52]) ausgesprochen wird, sie sey unter der Kritik, scheint zwar hart zu seyn; allein für ungerecht kann man es wirklich nicht halten. Hätte Justinian die bey Servituten durch das Scribonische Gesetz aufgehobene Usucapion im Ernst wieder eingeführt, wie konnte Tribonian in die Pandecten des Kaisers Fragmente aus den Schriften der röm. Juristen aufnehmen, in welchen des Scribonischen Gesetzes, als eines noch jetzt geltenden Rechts, gedacht wird? Die Justinia-

52) Dabelow über die Verjährung. 1. Th. §. 75. Not. k. S. 360. folgg.

stinianeische Constitution von der Umbildung der Usucapion gieng ja bekanntlich den Pandecten voraus. Wie schlecht hätte Tribonian für die Uebereinstimmung der Pandecten mit dem Codex gesorgt[53])? Es ist aber auch wirklich in der neuen Justinianeischen Legislation der Unterschied gar nicht gegründet, denn Westphal[54]) zwischen der usucapio und praescriptio servitutum macht, wie sich aus der weiter unten folgenden näheren Erörterung noch mehr ergeben wird[55]).

Es kommt nun hiernächst noch auf die Erfordernisse der erwerbenden Verjährung bey Dienstbarkeiten an.

I. Die erste Bedingung dieser Präscription ist Besitz der Servitut. Diese iuris quasi possessio besteht darin, daß die Servitut entweder von dem selbst, der sie erwerben soll, oder von andern Personen in seinem Namen ohne Widerspruch muß ausgeübt, und zwar als ein Recht ausgeübt worden seyn[56]). Wer also aus einer andern Ursache den Weg über ein fremdes Grundstück nimmt, z. B. weil der gewöhnliche Weg überschwemmt ist, hat dadurch noch gar keine Handlung eines Besitzers aus-

53) Man sehe *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. Cap. 6. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 225.

54) Cit. loc. pag. 568.

55) Vergl. auch WALCH Diss. de praescript. servitutum constitutiva §. 9.

56) Man vergleiche hier eines Ungenannten Versuche über den Quasibesitz. Halle 1806. 8. Nr. I. §. 4. Von dem Beweis dieses Erfordernisses ist vorzüglich MEVIUS Tom. II. Part. IX. Decis. 165. nachzusehen.

ausgeübt, wenn es auch noch so oft geschehen wäre. In folgenden Stellen ist alles dieses klar enthalten.

*L. 7. D. de itinere actuque priv.* Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen *tanquam id suo iure faceret*, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet.

*L. 25. D. Quemadm. servitut. amittant.* Servitute usus non videtur, nisi is, *qui suo iure uti se credidit*, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.

*L. 1. §. 6. D. de itinere actuque priv.* Vivianus recte ait, eum, qui propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, *non videri omnino usum*: itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, *sed quasi nec usum.* Ergo secundum (hoc) nec utro [57]) usus videtur: multo enim minus illo usus est, per quem non iit propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via praerupta erat.

*L. 1. §. 7. D. eodem.* Is, cuius colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit: *usus videtur itinere, vel actu, vel via*, et idcirco interdictum habebit.



57) Haloander liefet hier *neutro*; id est, nec via publica usus est, nec itinere per tuum fundum.

*L.* 3. §. 4. *D. eodem.* Uti videmur ſervitutibus etiam per ſervos, vel colonos, vel amicos, vel etiam hoſpites, et fere per eos omnes, qui nobis retinent ſervitutes.

Bey negativen Servituten entſteht die iuris quaſi poſſeſſio dadurch, wenn dem Eigenthümer eine Handlung verboten wird, welche er auf ſeinem Grundſtück vornehmen wollte, und vermöge der natürlichen Freiheit auch unternehmen konnte, und dieſer ſich dabey beruhiget hat [58]).

II. Das andere Erforderniß bey der Verjährung der Dienſtbarkeiten iſt die *bona fides* desjenigen, welcher die Servitut auf dieſe Art erwerben will. Dieſe richtet ſich ganz nach den allgemeinen Grundſätzen von der bona fides bey der erwerbenden Verjährung, und beſteht daher in der Ueberzeugung, daß man zur Ausübung der Servitut berechtiget ſey [59]). Ohne dieſe Bedingung findet auch bey Servituten keine erwerbende Verjährung Statt, und es

iſt

58) *L. 6. §. 1. D. Si ſervitus vindicetur. L. 18. in fin. D. Quemadm. ſervitut. amittant.* CARPZOV Reſponſa iuris Lib. I. Tit. 4. Reſp. 36. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 22. Not. 2. Böhmers auserleſene Rechtsfälle 3. Bandes 2. Abth. Reſp. 236. nr. 32. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1100.

59) *L. 1. §. 10. D. de aqua quotid.* Sed etſi iure aqua non debetur alicui, *ſi tamen iure ducere ſe putavit:* cum non in iure ſed in facto erravit: dicendum eſt, eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti poſſit. *L. 1. §. 19. eod.* Ariſto putat, eum demum Interdictum hoc habere, *qui ſe putat iure ſuo uti:* non eum, qui ſcit, ſe nullum ius habere, et utitur.

ist offenbar irrig, wenn Huber[60]) und Westphal[61]) dieses Erforderniß für entbehrlich halten wollen.

Schon die Gesetze der Pandecten erfordern einen fehlerfreyen Besitz, der weder durch Gewalt, noch heimlich, noch bittweise erlangt worden ist[62]). Wie kann nun ohne das Requisit des guten Glaubens ein Besitz als fehlerfrey gedacht werden? Man erwäge nur, was es heißt: heimlich, oder mit Gewalt, oder bittweise besitzen.

Wer heimlich besitzt, maßt sich die Sache auf eine solche Art an, daß der Andere, von welchem er einen Widerspruch besorgt, es nicht erfahren kann und soll[63]). Man wende diesen Begriff auf den Quasibesitz der Servituten an. Kann derjenige, welcher die Servitut absichtlich auf eine solche Art ausübt, daß der Besitzer des dienstbaren Gutes es nicht erfahren soll, weil er dessen Widerspruch befürchtet, in gutem Glauben besitzen? Sagt nicht vielmehr ausdrücklich **Pomponius**[64]), ein heimlicher Besitz sey mit einer possessio pro suo unverträglich, und stehe der Verjährung entgegen?

Der gewaltsame Besitz ist zwar ohne Zweifel ein juristischer Besitz, und kann ein Recht zu Interdicten



60) Eunomia Rom. ad L. 10. D. Si servit. vindic. pag. 391.

61) De lib. et servit. praed. §. 830. Not. 739. pag. 568.

62) *L. 10. D. Si servit. vind. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. L. 1. C. de servitut. et aqua.*

63) *L. 6. pr. D. de acquir. vel amitt. possess.*

64) *L. 4. pr. D. pro suo.*

begründen, weil es dabey nicht gerade darauf ankommt, iusta an iniusta sit adversus caeteros possessio, wie Paulus [65]) sagt. Allein nie ist ein solcher Besitz zu einer Verjährung geeigenschaftet, den man sich gegen das ausdrückliche Verbot des Eigenthümers anmaßt [66]), weil damit der gute Glaube durchaus nicht bestehen kann.

Wer endlich eine Servitut *precario* ausübt, weiß, daß ihm dieses Recht nur auf eine zu aller Zeit widerrufliche Art verstattet sey. *Precarium* est, sagt Ulpian [67]), quod precibus petenti utendum conceditur tam diu, quam diu is, qui concessit, patitur. Er kann also das ihm verstattete Recht bona fide nie als ein ihm selbst zustehendes, oder seinem Grundstück eigenes und immerwährendes Recht ausüben.

Hieraus erhellet, daß man hier, wo von der Beschränkung der Rechte des freyen Eigenthums die Rede ist, das Erforderniß des fehlerfreyen Besitzes mit Recht als den bündigsten Beweis der bonae fidei betrachten kann; und dafür scheint ihn auch Ulpian [68]) selbst zu halten, wenn er sagt: sufficit enim, *si iure se ducere* sc. aquam *putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit.*

Einen zweyten Beweis gegen die Westphalische Theorie giebt uns Justinian in der *L.* 12. *C. de praescript. longi*

65) *L.* 2. *D. Uti possidet. L.* 53. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

66) *L.* 1. §. 5. *D. Quod vi aut clam. L.* 73. §. 2. *D. de div. reg. iuris.*

67) *L.* 1. *D. de precario.*

68) *L.* 1. §. 10. *D. de aqua quotid.*

*longi temp.* wo er *bonum initium possessionis* ausdrücklich zur Präscription der Dienstbarkeiten erfordert. Ein solcher guter Anfang des Besitzes läßt sich wohl ohne bona fides nicht gedenken.

Die Stellen, auf welche sich dagegen Westphal beruft, enthalten zum Beweis seiner Meinung nicht das Mindeste. Die *L.* 5. §. *pen. D. de itin. actuq. privato* und *L.* 1. *in fin. D. de aqua et aquae pluviae arc.* sagen nur, daß bey der Verjährung der Dienstbarkeiten, außer dem fehlerfreyen Besitz, kein weiterer Titel erfordert werde. Dies kann nun aber mit dem guten Glauben sehr wohl bestehen, wie Schiffordegher [69]) längst gezeigt hat. Man setze z. B. es verkaufe mir Jemand ein Grundstück, und gebe bey der Uebergabe vor, dem Grundstück gebühre die servitus itineris auf dem Grundstück des Nachbars. Ich habe in dieser Ueberzeugung jene Servitut auch zehn Jahre ohne Widerspruch des Nachbars ausgeübt. Wer wird hier meine bona fides bezweifeln, ohnerachtet ich in Rücksicht der Servitut keinen Titel habe?

Die *L.* 24 *D. Quemadmod. servitut. amitt.* welche sagt: Licet malae fidei possessor sit, retinebitur servitus, beweist vollends gar nichts. Ich will, statt der Widerlegung, Westphals eigene Erklärung dieser Stelle hierher setzen, und man wird sich wundern, wie er eine solche Stelle hat zum Beweis gebrauchen mögen. Er sagt nämlich [70]): *Cit. L.* 24. *loquitur non de acquirenda, sed de retinenda servitute, item de possessore malae fidei non*



69) Ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. VI. Quaest. 4.

70) De lib. et servit. praedior. §. 900. Not. 793. b. pag. 628.

*ſervitutis, ſed praedii*[71]). *An ad acquirendam ſervitutem per praeſcriptionem bona fides ſit neceſſaria, hac lege non eſt definitum.* Welcher auffallende Widerſpruch! Endlich die *L.* 1. *et* 2. *C. de ſervitut. L.* 7. *C. eod.* und *L.* 26. *D. de aqua et aquae pulv. arc.*, welche Weſtphal noch an einem andern Orte[72]) zur Unterſtützung ſeiner Theorie beyfügt, beweiſen zwar, daß zur erwerbenden Verjährung der Dienſtbarkeiten kein beſonderer Titel erforderlich ſey, wie ſie auch Pothier[73]) ganz richtig erklärt, allein von der bona fides ſagen ſie dieſes nicht. Wenn Huber[74]) noch den Grund gebraucht; *quod uſus ſervitutis non vi, non clam, non precario tot annis exercitatus, non ſine tacito vicinorum conſenſu videatur eſſe inchoatus, vel ſaltem continuatus*; ſo folgt auch hieraus noch lange nicht, daß der gute

71) Mit Recht bemerken *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 395. und *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 79. daß die *L.* 24. *cit.* aus der *L.* 12. *D. eodem* zu erklären ſey, wo es heißt: Qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, uſus eſt. Retinetur id ius itineris, atque etiam ſi precario, aut vi deiecto domino poſſidet. Fundus enim, qualiter ſe habens, cum in ſuo habitu poſſeſſus eſt, ius non deperit: neque refert, *iuſte nec ne poſſideat, qui talem eum poſſidet.* Der Grund hiervon iſt ohne Zweifel der, weil eine Realſervitut, von welcher hier die Rede iſt, dem Grundſtück, und nicht der Perſon des Beſitzers zuſteht, folglich kann auch deſſelben fides in keine Betrachtung kommen.

72) S. §. 834. pag. 572.

73) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. Tit. de Servitut. Nr. XXIV. pag. 258.

74) Eunom. Rom. pag. 391. §. 3.

gute Glaube bey der Verjährung der Dienstbarkeiten entbehrlich sey, sondern es ergiebt sich daraus nur soviel, daß der fehlerfreye Besitz die rechtliche Vermuthung des guten Glaubens begründe, und daher dieses Erforderniß keines weitern Beweises bedürfe.

Galvanus[75]), der ebenfalls die bona fides für ein nothwendiges Erforderniß bey der erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeiten hält, sucht uns von der Wahrheit dieses Satzes noch durch folgenden Grund zu überzeugen. *Quis enim credat*, sagt er, *auctores nostros, non magis iuris, quam aequitatis studiosos, malam fidem fovere voluisse, et quidem in servitutis acquisitione, quae est, cum odiosa, utpote contraria libertati, tum exorbitans, cum extraordinario quodam iure consistat.*

Nach dem Justinianeischen Rechte wird nun die bona fides nur zu Anfang des Besitzes erfordert, wie aus den Worten: *bono initio* possessionem tenentis etc. in der *L.* 12. *C. de praescript. longi temp.* erhellet, wenn man damit die folgenden Worte: *eodem observando* verbindet. Dies hat auch in dem Falle keinen Zweifel, wenn mir die Servitut von einem Nichteigenthümer, es sey durch eine Handlung unter den Lebenden, oder auf den Todesfall, ist constituirt worden. Da jedoch zur erwerbenden Verjährung bey Servituten ein iustus titulus nicht nöthig ist, wie nachher noch näher gezeigt werden wird, so entsteht die Frage, ob nicht etwa in dem Falle, da kein besonderer Rechts-

75) De Usufructu Cap. 12. §. 7. pag. 112. Man vergl. auch PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Observ. 32. §. 13. und HOFACKER T. II. §. 1101.

Rechtstitel vorhanden ist, erfordert werde, daß man die ganze gesetzliche Zeit hindurch in bona fide gewesen sey? Jos. Fernand. de Retes[76]) entscheidet diese Frage bejahend. Denn wer eine Servitut, sagt er, auf einer fremden Sache mit Wissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers ausübt, muß glauben, daß ihm das Recht zustehe[77]). Er besitzt also gleichsam pro suo. Eine solche possessio pro suo verträgt sich nun aber mit der mala fides nicht, und muß nothwendig ihre Wirkung verlieren, wenn böser Glaube eintritt[78]). Ist hingegen ein besonderer Rechtstitul vorhanden, so bleibt hier doch immer wenigstens die iusta possessionis causa fortdauernd, wenn auch die bona fides des Besitzers aufhört. Allein Carl Wilhelm Walch[79]) glaubt, daß auch in diesem letzten Falle die mala fides superveniens nichts schade. Er nimmt zwar auch bey der Präscription der Dienstbarkeiten eine possessio pro suo an[80]); hält es aber dennoch für hinreichend, wenn der Präscribens nur zu Anfang seines Besitzes in bona fide gewesen ist. Er kann daher, sagt er, die Verjährung fortsetzen, wenn gleich der Eigenthümer des dienstbaren Guts die fernere Ausübung der Dienstbarkeit untersagt, ja ihm ausdrücklich erklärt hat, daß es seine Meinung keinesweges gewesen sey, ihm das Recht der Servitut zu gestatten, wenn er auch bisher dazu stillege-

76) Succis. Selectio ad Legem Scriboniam §. 17. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 469.)

77) *L. ult. D. de itinere actuque priv.*

78) *L. 4. D. pro suo.*

79) Diss. de praescript. servitutum constitutiva §. 18.

80) Cit. Diss. §. 13.

geschwiegen habe. Es müsse nur der Besitzer sich an diesen Widerspruch nicht kehren, sondern fortfahren, die Servitut auszuüben. Denn nur erst durch den Verlust des Besitzes werde die Verjährung aufgehoben.

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist es wenigstens nach dem Canonischen Rechte, welches wir in der heutigen Praxis befolgen, ganz entschieden, daß in jedem Falle eine fortdauernde bona fides auch bey der Verjährung der Servituten erfordert werde [81]); und dies wäre denn auch der oben angeführten Antoninischen Verordnung [82]) wieder ganz conform, wo es ausdrücklich heißt: *Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos* (es ist von der servitute aquae ductus die Rede) *praestari tibi postulas: cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.*

Es braucht jedoch die bona fides nicht erwiesen zu werden, sondern wird so lange vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist [83]), wenn gleich verschiedene Rechtsgelehrten auch hierin anderer Meinung sind [84]).

III. Ob

81) *Cap. 5. et ult. X. de praescript.* Vid. *de* RETES cit. loc. §. 17. pag. 469.

82) *L. 2. Cod. de Servitut.*

83) Schon wegen der allgemeinen Rechtsregel: *In dubio quilibet praesumitur bonus*, wozu noch *L. penult. C. de eviction.* und *Cap. 47. de Reg. iuris in 6to.* kommen. Man sehe auch *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 12. pag. 547. *de* RETES c. loc. §. 17. und *Ern. Godofr. Christ.* KLÜGEL Diss. de bona fide in praescriptione et usucapione necessaria. *Wittenbergae* 1781. §. 14.

III. Ob auſſer der bona fides auch noch ein beſonderer Rechtstitel erforderlich ſey, iſt ſehr ſtreitig. Einige [85]) bejahen dieſe Frage ſchlechthin, und berufen ſich theils auf die Verordnung des Krs **Antonin**, welcher *L.* 2. *C. de Servitut.* ſagt, daß Servituten *exemplo rerum immobilium* durch die Verjährung erworben würden; theils auf die Verordnung des Kaiſers **Juſtinian** *L.* 12. *C. de praeſcript. longi temp.* und glauben, daß die Worte: *bono initio poſſeſſionem tenentis*, den zur Verjährung körperlicher ſowohl als unkörperlicher Sachen erforderlichen Rechtstitel andeuten. Allein andere [86]), geſtützt auf die Geſetze,

84) Z. B. *Ioſ.* MASCARDUS de Probationib. Vol. III. Concluſ. MCCXXI. nr. 15. ſqq. pag. 423. und *Io. Henr. de* BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 21. Not. 3. Allein man ſehe dagegen *Ern. Chriſt.* WESTPHAL Diſſ. de indole bonae fidei in praeſcriptionibus. *Halae* 1764. §. 20. und *Chriſt. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergerum* c. l. not. 5. Tom. I. pag. 270.

85) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 14. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CX. medit. 4. Cramer Wetzlar. Nebenſtunden Th. 14. Nr. 3. *Burck.* BARDILI Diſſ. de praeſcriptione ſervitutum §. 29. WALCH Controv. iuris civ. Sect. II. cap. 3. §. 28. u. a. m.

86) *De* RETES cit. loc. §. 16. GALVANUS de Uſufructu Cap. XII. nr. 8. *Ramos del* MANZANO Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. 2. §. 23. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 7. VOET Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 4. §. 4. FACHINAEUS Controverſ. iuris Lib. XIII. cap. 83. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. Lib. VIII. Tit. 1. §. 7. PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 32. §. 13. LYKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. II. Ecl. 6. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XLI. Tit. 3. Qu. 27. *Iac.* RAVE Princip. doctr. de praeſcriptione §. 61. et §. 75. *Chriſt. Gottl.* HAUBOLD ad *Ber-*

setze [87]), welche weiter nichts als einen fehlerfreyen Besitz zur Erwerbung der Dienstbarkeiten durch Verjährung erfordern, halten den gerechten Titel für überflüßig. Sie erfordern auch keine Wissenschaft des Eigenthümers. Viele [88]) suchen endlich die Gesetze, worauf sich beyde Meinungen gründen, dadurch zu vereinigen, daß sie unterscheiden, ob der Erwerber der Servitut den Anfang seines Besitzes von dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes selbst, oder von einem Nichteigenthümer herleite. In dem ersten Falle sey zur Erwerbung hinreichend, wenn er die Servitut weder gewaltthätig, noch heimlich, noch bittweise, das heißt, mit Wissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers, die Verjährungszeit hindurch ausgeübt hat. Ein anderer Rechtstitel, als der aus der stillschweigenden Bewilli-

*Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 2. §. 22. not. x. Tom. I. pag. 271. HOFACKER Tom. II. §. 1101. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 421. pag. 181. *Car. Wilh.* WALCH cit. Diss. §. 14—16. u. a. m.

87) *L. 10. pr. D. Si servit. vindicet. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. L. 1. C. de servitut. et aqua.*

88) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. VI. p. 43—51. *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficil. LL. Cod. ad L. 2. C. de servitutib. pag. 174. sqq. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 31. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 12. *Io. van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. sq. *Gregor.* MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. II. Disputat. LXVIII. §. 15. et 16. pag. 344. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. §. 22. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. und Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 64. S. 50. der dritten Auflage.

willigung des wahren Eigenthümers abgeleitet wird, sey hier nicht erforderlich. In dem letztern Falle hingegen, da der Besitzer des dienstbaren Gutes nicht Eigenthümer ist, bedürfe es zwar keiner Wissenschaft des Eigenthümers, aber ein gerechter Titel sey hier zur Verjährung gegen den Eigenthümer schlechterdings nothwendig. Von diesem Falle sey die *L. ult. C. de longi temp. praescript.* zu erklären, dahingegen die *L.* 10. *D. Si servit. vindicet. L.* 1. *in fin. D. de aqua et aquae pluv.* und *L.* 1. *C. de servitut.* sich auf den ersten Fall bezögen. Den Unterschied bestätige auch die *L.* 11. §. 1. *D. de public. in rem act.* wo Ulpian sagt: Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum *per traditionem* constitutis, vel *per patientiam*; forte *si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci*; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Dahingegen stehe die *L* 2. *Cod. de servitutibus* nicht entgegen. Denn die Worte *exemplo rerum immobilium* giengen nicht auf den Rechtstitel, sondern blos auf die Verjährungszeit, welche die Verjährung der Servituten, mit der Präscription der unbeweglichen Sachen, gemein habe. Daß in dem Falle, von welchem das Gesetz redet, der Besitzer der Servitut keinen gerechten Titel hatte, ergiebt sich auch wirklich aus den nachfolgenden Worten ganz klar. Denn hätte der Besitzer einen gerechten Titel gehabt, wie hätte demselben die weitere Ausübung der Servitut untersagt, und sogar das Recht, eine Erstattung der wegen der Wasserleitung gehabten Unkosten zu fordern, abgesprochen werden können?

Unter diesen verschiedenen Meinungen entspricht nun zwar die zweyte der Geschichte der römischen Legislation

mehr

mehr als eine der beyden übrigen. Allein für das practische System des römischen Rechts ist die letztere Meinung bey weitem brauchbarer, und verdient wegen der bessern Vereinigung der verschiedenen hier angeführten Gesetze unstreitig den Vorzug. Denn die Justinianeische Gesetzsammlung gilt als ein für sich bestehendes Ganzes, ohne Unterschied, ob das in dieselbe aufgenommene Recht alt oder neu ist. Man muß daher keine Gesetzstelle als antiquarisches Recht behandeln, wenn nicht das alte Recht durch das neue namentlich und schlechterdings aufgehoben worden, oder das Alte mit dem Neuen durchaus nicht in Einklang gebracht werden kann, welches aber bey der sogenannten praescriptio servitutum praetoria überall der Fall nicht ist. Der Unterschied zwischen den angeführten beyden Fällen besteht nun darin, daß in dem letztern Falle der Kläger, welcher sich auf die Verjährung beruft, einen iustum titulum nachweisen muß, welcher hingegen in dem ersten Falle vermuthet wird [89]). Den Grund, warum hier kein weiterer Beweis eines besondern Titels erfordert wird, giebt **Anton Faber** [90]) ganz richtig auf folgende Art an: *Servitutis quasi traditio, quae per patientiam inducitur, facta reperitur ab ipso fundi domino, qui eam expressim*

89) Man nimmt daher jetzt eine doppelte Verjährung bey Servituten an: eine praescriptio *regularis*, und eine *anomala*. REGULARIS, sagt man, indiget *titulo* et *bona fide*, et nititur *L. fin. C. de praescr. longi temp.* In ANOMALA sola scientia et patientia domini *pro titulo*, bonoque initio est, et nititur *L. 2. C. de servitut.* S. *Ge. Christ.* NELLERI Diss. de praescriptione servitutum praedial. P. I. §. 9. et 10. (in EIUS *Opusc.* Tom. I. P. III. Nr. XX. pag. 43.)

90) Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 733.

*pressim constituere potuisset, hoc ipso nimirum, quod scivit et passus est, vicinum uti servitute, quandoquidem scientia illa et patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet* [91]). *Qua vero fronte potest titulum servitutis exigere is, qui tradidit ipse, aut saltem quasi tradidit servitutem? Aut quis tam stultus et supinus sit, ut vicinum ultro patiatur iure servitutis ire, aut quid aliud facere per fundum, qui nullam debeat servitutem.* Es ergiebt sich hieraus, daß wenn der Besitzer keinen gerechten Titel für sich hat, die Wissenschaft des Eigenthümers schlechterdings erforderlich sey, weil ohne dieselbe keine patientia denkbar ist.

IV. Das vierte Erforderniß der Erwerbung der Servituten durch Verjährung ist der Ablauf einer gesetzlich bestimmten Zeit. Hier ist zu unterscheiden. Es ist entweder

1) ein gerechter Titel vorhanden. In diesem Falle wird die Servitut binnen langer Zeit präscribirt, das ist, binnen zehn Jahren, wenn beyde Partheyen in einer und derselben Provinz ihren Wohnort haben, ausserdem aber erst binnen zwanzig Jahren [92]). Hätte jedoch ein solcher Nichteigenthümer die Servitut constituirt, der das dienstbare Grundstück mala fide besitzt, so wird, wenn es an der Wissenschaft des Eigenthümers fehlt, die Servitut erst binnen dreyßig Jahren erworben.

91) *L. ult. D. de Servitut. L. 1. in fin. D. de Servitut. praed. rusticor.*

92) *L. 12. C. de praescript. longi tempor.*

ben [93]). Sonst ist neben den gerechten Titel die Wissenschaft des Eigenthümers nicht erforderlich. Es ist daher ein Irrthum, wenn Rave [94]) den Satz aufstellt, daß nach der Novelle 119. Kap. 7. ohne Wissenschaft des Eigenthümers gar keine praescriptio longi temporis constitutiva mehr Statt finde.

2) Ist zwar kein gerechter Titel vorhanden, der Besitzer hat aber doch die Servitut weder heimlich, noch bittweise, noch gewaltthätig ausgeübt; so ist

a) nach dem römischen Rechte eine Zeit von zehn Jahren hinreichend. Die schon oben angeführte Verordnung des Kaisers Antoninus [95]), in welcher es heißt: *Longi temporis consuetudinem* vicem servitutis obtinere, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet, setzt dies ausser allen Zweifel. Hellfeld behauptet zwar dennoch, man müsse in diesem Falle die Servitut dreyßig Jahre ununterbrochen ausgeübt haben. Ja einige [96]) erfordern sogar eine unvordenkliche Verjährung. Allein

93) *Nov. CXIX. cap. 7.* Eigentlich betrifft zwar diese Novelle die Verjährung des Eigenthums. Allein man wendet sie analogisch auch auf Servituten an. S. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. S. 110.

94) Doctr. de praescript. §. 62.

95) *L. 1. Cod. de Servitut.* S. WALCH Diss. de praescript. servitut. constitutiva §. 27.

96) *Io. van de* WATER Observat. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. sqq. Eben dieser Meinung war auch *Ge. Christph.* NELLER in Diss. de praescript. servitut. praedial. P. I. §. 5. Allein er hat sie nachher in einer neuern Diss. de praescriptione

Allein weder die eine noch die andere von beyden Meinungen ist dem römischen Rechte gemäß. Die *L.* 2. *Cod. de servitut* sagt ausdrücklich: Servitutem *exemplo rerum immobilium* tempore acquiri, welches offenbar keinen andern Sinn hat, als daß Servituten in eben der Zeit, wie unbewegliche Sachen, durch Verjährung erworben werden. Nun wird zwar allerdings in einigen Gesetzstellen [97]) von einer unvordenklichen Zeit gesprochen. Allein in diesen Stellen ist nicht von der Verjährung der Servituten die Rede; sondern es wird nur gesagt, daß eine Servitut, die seit undenklicher Zeit ausgeübt worden, für rechtmäßig constituirt zu halten sey, weil der Titel alsdann präsumirt wird [98]). Dies hebt aber die ordentliche Verjährung bey Dienstbarkeiten nicht auf.

b) Das canonische Recht hingegen stellt den Grundsatz auf, daß der, welcher das ius commune, oder wenigstens die Präsumtion wider sich hat, und diese streitet offenbar wider den, welcher iura in re aliena ausübt, stets einen gerechten Titel erweisen müsse, wenn er nicht eine unvordenkliche Verjährung für sich hat [99]). Hierdurch wäre denn also dem römischen Rechte derogirt, und es kann eine Servitut, wenn es an dem Beweis eines gerechten Titels fehlt, nur durch unvordenkliche Verjährung erwor-

actionum §. 25. Not.** (in *Opuscul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. III. Diss. XXI. pag. 62.) selbst widerlegt und verworfen.

97) *L.* 3. §. 4. *D. de aqua quotid. L.* 1. §. *ult. D. de aqua et aquae pluv. L.* 2. *pr.* §. 3. *et* §. 7. *D. eod.*

98) S. Gros Geschichte der Verjährung S. 55. ff.

99) *Cap.* 1. *de praescript. in* 6to.

erworben werden, wie auch Thibaut [100]) behauptet. Indessen fehlt es freylich nicht an Rechtsgelehrten [1]), welche die Anwendung des *Cap.* 1. *de praescript. in* 6*to* auf den Fall läugnen, da die Servitut mit Wissen des Eigenthümers, nicht bittweise, auch nicht gewaltthätig ausgeübt worden ist. *Atque inde est*, sagt Schifordegher, *quod iuris praesumtio servitutem praescribenti non repugnet, quando sciente et patiente vicino servitus fuerit acquisita.*

Noch ist zu bemerken, daß an Sachen, deren Eigenthum nicht longo tempore erworben werden kann, sich auch in zehn und zwanzig Jahren keine Servitut erwerben lasse [2]). Denn Servituten sind Qualitäten der Grundstücke, d. h. das Recht derselben ist eine Qualität des Eigenthums der Grundstücke [3]). Was also vom Ganzen gilt, gilt auch vom Theil. Daher werden Servituten auf



100) Ueber Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. S. 111.

1) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. VI. Qu. 5. pag. 49. und *Ge. Christph.* NELLER in Diss. de rebus praescribendis, et temporibus praescriptionum, praes. immemoriali. Sect. II. §. 19. pag. 31. et §. 24. pag. 38. (*Opusc.* Tom. I. P. III. Nr. 19.)

2) S. Thibaut a. a. O. §. 36. S. 109.

3) *L. 86. D. de Verbor. Significat.* Quid aliud sunt iura praediorum, quam *praedia qualiter se habentia*, ut bonitas, salubritas, amplitudo? d. h. die Servituten sind eben so bloße Qualitäten der Grundstücke, wie der gute Boden, die gesunde Lage, die Größe und der Umfang derselben. Man sehe auch *L. 12. D. Quemadm. servitut. amitt.* Vergl. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. IX. Cap. 21. pag. 477. und von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 46. S. 438. Not. 3.

fiskalischen und Kirchengütern erst binnen vierzig Jahren erworben [4]).

Viele angesehene Rechtsgelehrte [5]), besonders die ältern Practiker, nehmen auch mit der Glosse [6]) an, daß servitutes discontinuae, welche nicht immer, sondern nur abgebrochen in gewissen Zeiten dürfen ausgeübt werden, nur durch einen unvordenklichen Besitz erworben werden könnten. Allein, auch ganz davon abgesehen, daß die possessio, cuius contrarii memoria non extat, nach dem römischen Rechte gar keine besondere Art der erwerbenden Verjährung, ja nicht einmal ein besonderer wahrer modus acquirendi iura et dominia rerum ist, sondern nur eine starke Vermuthung der rechtmäßigen Acquisition begründet, welche aber doch den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt; so ist keine einzige Stelle aus dem Justinianeischen Gesetzbuche aufzuweisen, worin in Ansehung dieser Arten der Servituten die praescriptio definita für unzureichend erklärt worden wäre. Man beruft sich zwar auf *L.* 14. *pr. D. de servitutib. L.* 1. § 23 *L.* 2 *pr. D. de aqua et aquae pluv.* und *L* 3. §. 4. *D. de aqua quotid. et aestiva.* Allein in keiner von diesen Stellen werden

4) WALCH Diss. de praescr. servitut. constitutiva §. 27. in fin.

5) VASQUIUS Lib. II. Controv. illustr. c. 83. nr. 26. COVARRUVIAS Variar. Resolut. Lib. I. cap. 17. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 14. D. de Servitut. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIII. §. 39. not. k. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XVIII. §. 7. MEVIUS Tom. II. P. IX. Obs 164. GAIL Lib. II. Obs. 66. BARDILI Diss. de praescript. servitut. §. 35. Cramer Wetzlar. Nebenstunden. Th. 14. St. 3. u. a. m.

6) Gloss. in *L.* 2. *Cod. de Servitut.* vers. *quaesiisti.*

den die servitutes discontinuae besonders ausgezeichnet. Die L. 14. bezieht sich überhaupt nur auf die durch das Scribonische Gesetz aufgehobene Usucapion der Servituten, und die dort angeführten Gründe passen auf die continuas so gut, als auf die discontinuas. Es geschieht sogar der servitutum praediorum urbanorum ausdrücklich Erwähnung, die doch gewöhnlich continuae sind. Die übrigen Stellen reden zwar von einem unvordenklichen Besitz, allein daß dieser bey den servitutibus continuis nothwendig erfordert werde, wird nirgends gesagt. Hierzu kommt noch, daß Justinian in dem neuesten Gesetz, welches namentlich von der Verjährung der Dienstbarkeiten handelt, — *L.* 12. *Cod. de praescript. longi temp.* — keinen Unterschied in Ansehung der verschiedenen Arten der Dienstbarkeiten macht. Mit Recht verwerfen daher die neuern Rechtsgelehrten fast durchgehends jene Meinung als ungegründet [7]). Sollte auch bey dieser oder jener Ge-

 richts-

7) LEYSER Medit. ad Pand. Spec. CVIII. medit. 1. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 16. de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 6. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 435. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 6. S. 22. RAVE Doctr. de praescriptione §. 70—72. WALCH Controvers. iuris civ. Sect. III. cap. 3. §. 29. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Medit. 157. *Car. Wilh.* WALCH Diss. de praescr. servitut. constitutiva §. 28. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. S. 108. Unter den ältern Rechtsgelehrten verdienen noch bemerkt zu werden *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. 10 11. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XI. cap. 11. *Ramos del* MANZANO Commentar. ad Tit. de Servitut. P. II. cap. 2. §. 7. vol. MEERMAN T. VII. pag. 64 und

richtsstelle nach selbiger seyn gesprochen worden, wie nicht geläugnet werden kann [8]), so läßt sich doch daraus noch kein solcher Gerichtsgebrauch ableiten, welchen der teutsche Richter in einem andern Gerichtshofe bey Abfassung seines Rechtsspruchs befolgen müßte. Und wenn gleich dieser Meinung selbst das ehemalige Reichskammergericht, wie man versichert [9]), in seinen Entscheidungen nachgegangen wäre, so sind doch auch solche Entscheidungen für andere Fälle keine Gesetze, und man kann daher nicht sagen, daß deswegen das Justinianeische Recht von der allgemeinen teutschen Gesetzgebung abgeändert worden sey [10]). Es bleibt also noch jetzt die einzige Norm, nach welcher diese Frage von der Verjährung der Dienstbarkeiten entschieden werden muß, sofern nicht die particulären Rechte eines Landes ein Anders verordnet haben sollten [11]). Endlich

IV. wird

und *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. Cap. 7. bey MEERMAN T. IV. pag. 227.

8) S. *Consil. Tubingens.* Tom. I. Consil. 34. nr. 61. sq. Tom. III. Cons. 219. nr. 25. sq. de CANNGIESSER Decision. Hasso-Casselan. Tom. I. Decis. 9. HOFACKER T. II. §. 1102.

9) S. MYNSINGER Observat. cameral. Centur. IV. Obs. 6. et 53. und Cramer a. a. O.

10) Man vergleiche hier vorzüglich Ernst Ferd. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 4. Bd. Nr. XXII. S. 334. ff. wo man eine sehr gründliche Abhandlung vom H. Prof. Woltär unter dem Titel: *Servitutes discontinuae* und *continuae* sind in Ansehung des Zeitraums nicht unterschieden, der zu ihrer Erwerbung durch Besitz erforderlich ist, finden wird.

11) Z. B. in Sachsen. S. MÜLLER ad *Leyserum* T. I. Fasc. II. Obs. 257. pag. 290.

IV. wird noch zuletzt erfordert, daß die Verjährung der Servitut nicht unterbrochen worden sey [12]). Der Erwerbende muß sich daher während der Verjährungszeit fortwährend in dem factischen Zustande befinden, auf welchen ihm die Verjährung ein Recht ertheilen soll; der Eigenthümer hingegen muß fortwährend von der Freyheit seines Grundstücks keinen Gebrauch machen, ob er gleich die Ausübung der Servitut weiß [13]). Eine Unterbrechung der Verjährung (*usurpatio*) geschieht daher

a) dadurch, daß der bisher Statt gefundene Besitzstand ganz aufhört, es sey nun, daß der Erwerbende den bisher ausgeübten Quasibesitz selbst aufgiebt, oder daraus verdrängt wird. Zwar läßt sich bey einer iuris quasi possessio, als einer unkörperlichen Sache, keine eigentliche Dejection denken [14]). Allein da bey Servituten der usus iuris Statt des Besitzes dient [15]), so ist eine interruptio naturalis hier insofern allerdings denkbar, als der Eigenthümer des dienstbaren Gutes die fernere Ausübung der Dienstbarkeit verhindert, und solche unmöglich macht, oder



12) S. WALCH Diss. cit. §. 29.

13) *L. 20 — 25. D. Quemadm. servitut. amitt.* RAVE Principia doctrinae de praescript. §. 68. und Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 16.

14) *L. 4. §. 27. D. de usurpat. et usucap.* Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intelligitur ius incorporale: *nec de via quis mero iure detruditur.* Daher ist auch hier das Interdictum de vi nie anwendbar. S. v. Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 46.

15) *L. 20. D. de Servitut.*

auch nur dieselbe dem Präscribenten verbietet, und letzter es bey dem Verbot bewenden läßt [16]). Dergleichen Verbot kann auch durch die nach heutigen Rechten erlaubte Pfändung realisirt werden, sofern sie nämlich auf eine gesetzmäßige Art unternommen wird [17]). Eine Unterbrechung kann ferner

b) dadurch geschehen, wenn der Eigenthümer die Negatorienklage gegen den Präscribenten anstellt, oder, wenn der Gegner abwesend ist, bey dem competenten Richter eine Protestation einlegt [18]). Jedoch wird in jenem Falle eine Citation des Beklagten erfordert, welche gegenwärtig allein schon die Stelle der sonst nöthigen litis contestatio vertritt [19]); in dem letztern Falle aber kann auch, in Ermangelung des ordentlichen Richters, die Protestation schriftlich vor einem Notar, oder vor drey Zeugen geschehen [20]). Diese sogenannte interruptio civilis hat nun das Unterscheidende, daß sie die noch nicht vollendete Verjährung nur insofern unterbricht, als der Kläger siegt, oder

16) S. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. VII. Definit. 8. und besonders *Christ.* WINCKLER Diss. de interruptione usucapionis ac praescriptionis. *Lipsiae* 1793. Cap. II. pag. 39. sq.

17) MEVIUS P. I. Decis. 34. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XLIII. §. 27. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIV. §. 60. STRYK de iure pignorandi. Cap. V. nr. 36. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Observat. 109. und KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 43.

18) *L. 3. et 4. C. de praescr. 30. vel 40. annor. L. 2. C. de annali except.*

19) Vergleiche des 3. Theils 2. Abtheil. §. 236. a. S. 394. u. folgg.

20) *L. 2. C. cit.*

oder den Prozeß liegen läßt, nicht insofern der beklagte Besitzer gewinnt [21]). Ob

c) die Verjährung auch dadurch unterbrochen werde, wenn der Besitzer das Grundstück, zu dessen Nutzen er bisher die Servitut ausgeübt hat, an einen Dritten veräußert, ist streitig. Dabelow [22]) führt die Gründe für und wider die Sache an. So viel ist richtig, daß wenn der Besitz vorher interrumpirt war, dem Nachfolger der Besitz des Vorgängers nicht nütze [23]). Geht hingegen der Besitz ununterbrochen aus einer Hand in die andere, so meinen viele [24]), daß die Verjährung dadurch nicht interrumpirt werde, wenn auch mehrere Besitzer auf einander folgen, es sey von der Verjährung der Servituten oder anderer körperlicher Sachen die Rede. Dabelow [25]) hingegen behauptet, daß bey der sogenannten praescriptio servitutum praetoria die accessio possessionis et usus schlechterdings ausgeschlossen sey, weil sie eine eigne für sich bestehende Verjährung ist, die weder nach der alten usucapio, noch nach der prätorischen longa possessione capio beur-

21) Thibaut über Besitz §. 17. S. 79.

22) Ueber die Verjährung. 2. Th. (Halle 1807.) §. 107. S. 21. folgg.

23) *L.* 20. *D. de usurpat.* *L.* 15. §. 1. *D. de div. tempor. praescript.* Von diesem Falle will man auch die *L.* 32. §. 1. *D. de servitut. praed. urb.* verstehen. S. Thibaut §. 18. S. 80.

24) *Pet.* BURGIUS Elector. libr. Cap. 7. (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 321.) *Greg.* MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. II. Nr. 61. *Christ.* WINCKLER Diss. de interruptione usucap. et praescript. Cap. 3. Thibaut a. a. O.

25) a. a. O. S. 23. ff.

beurtheilt werden dürfe. Da vollends die Voraussetzung, unter welcher das neue römische Recht accessionem possessionis bey der Verjährung gestattet, nämlich der iustus titulus und die bona fides, bey dieser ausserordentlichen Verjährung gar nicht in Betrachtung kommen, so müsse alle Analogie wegfallen. Es komme hinzu, daß nach den Gesetzen der Pandecten der *diuturnus usus* und die *longa quasi possessio* unter der Voraussetzung, daß von dem andern nicht bewiesen werden kann, daß man heimlich, gewaltthätig, oder bittweise besitze, eine *servitutem praetoriam* begründen, wobey eigner erworbener, und bis zum völligen Ablauf der Verjährungszeit auch eigner fortgesetzter Besitz und Gebrauch um so unerläßlicher sey, als durch den Hinzutritt der Zeit daraus die Vermuthung des Rechtstitels entspringe. Beyde Meinungen lassen sich, nach meiner Ansicht der Sache, sehr wohl vereinigen, wenn man unterscheidet, ob der Verjährende, ausser der bona fide, auch einen rechtmäßigen Titel für sich hat, oder blos einen fehlerfreyen Besitz, der sich auf die patientia des Eigenthümers gründet. Im letzten Falle hat Dabelow vollkommen Recht. Hier ist der eigne erworbene und fortgesetzte Besitz und Gebrauch nicht von der Verjährung der Servituten zu trennen, sondern man muß vielmehr annehmen, daß, wenn der eigne erworbene und so fortgesetzte Besitz und Gebrauch nicht mehr vorhanden ist, auch die angefangene Verjährung selbst dadurch aufgehoben sey. Eben dies bringt auch schon die stillschweigende Bewilligung des Eigenthümers mit sich, auf welcher hier die ganze Rechtmäßigkeit der Verjährung beruhet. Es versteht sich jedoch von selbst, daß die Ausübung der Dienstbarkeit durch einen Andern auf den Namen

men des Erwerbenden der Verjährung nicht schade, wie ich schon oben Nro. I. bemerkt habe. In dem ersten Falle hingegen, da der Verjährende einen gerechten Titel hat, und daher keine Wissenschaft des Eigenthümers erfordert wird, steht der accessio possessionis auch bey der Verjährung der Servituten nichts entgegen, sondern hier ist der Besitz, ohne Unterbrechung der Verjährung, als fortwährend anzusehen, wenn gleich mehrere Besitzer auf einander folgen [26]).

In solchen Fällen nun, da die Präscription unterbrochen worden ist, kann der Präscribens, wenn er den Besitz der Servitut verlohren hat, keinen Ersatz der zur Ausübung der Dienstbarkeit aufgewandten Unkosten fordern, sondern das auf dem dienstbaren Gute deshalb gemachte Werk fällt dem Eigenthümer desselben anheim [27]).

## §. 630.

### Allgemeine Grundsätze von Servituten.

Ehe wir von den einzelnen Arten der Dienstbarkeiten handeln können, müssen wir, nach Anleitung unsers Verfassers, hier noch folgende allgemeine Grundsätze vorausschicken.

I. Es

26) *L. 11. C. de praescript. longi temp. L. 14. D. de div. tempor. praescript. L. 76. §. 1. D. de contrab. emt.*

27) *L. 2. Cod. de Servitutib.* Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti. *Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas: cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.*

I. Es wird im Zweifel nie vermuthet, daß eine Sache mit Servituten belastet sey. Denn die natürliche Freyheit des Eigenthums ist nicht blos zu präsumiren, sondern sie ist eine nothwendige Folge desselben, und bedarf daher keines besondern Beweises. Hieraus folgt, daß derjenige, welcher die Eigenthumsrechte eines Andern durch Anmassung irgend einer Dienstbarkeit einzuschränken sucht, die Beweise seiner Anmassung beybringen, widrigenfalls sich derselben im Wege Rechtens gänzlich enthalten müsse. Er hat also immer die Vermuthung gegen sich [28]). Ob ihm aber dieser Beweis auch dann noch zur Last falle, wenn er sich in den Quasibesitz der angemaßten Dienstbarkeit befindet, ist sehr streitig. Die Frage wird sich bey der Negatorienklage (§. 687.) besser erörtern lassen.

II. Servituten sind für das Grundstück, dessen Besitzer sie leiden müssen, beschwerlich; daher ist jede Dienstbarkeitsertheilung streng auszulegen, und jede Servitut so auszuüben, daß das Eigenthum des dienstpflichtigen Gutes so viel möglich geschonet werde [29]). Hieraus folgt weiter,

III. daß

28) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. 5. Abschn. S. 132. und Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. 2. Abth. Anmerk. XI. S. 434. S. auch WESTPHAL Interpretat. de lib. praed. §. 540. et 541.

29) *L.* 20. §. 5. *D. de servitut. praed. urban.* — Et omnino sciendum est, *meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse*: nisi aliquid nominatim, servitute imponenda, immutatum fuerit. Add. *L.* 22. *D. de servitut. praed. rust.* und WESTPHAL §. 549. Jedoch ist der Dominans ohne Zweifel zu allen demjenigen berechtiget, was die Natur der eingeräumten Dienst-

III. daß der Eigenthümer des berechtigten Grundstücks die ihm eingeräumte Servitut genau in den bestimmten Gränzen der Zeit und des Orts, auch zu keinem andern, als dem bestimmten Zweck, ausüben [30]) dürfe; und eben so wenig ist eine Ausdehnung derselben über die Bedürfnisse des praedii dominantis erlaubt [31]). Endlich

IV. wenn Jemanden eine Servitut ist eingeräumt worden, die eben so gut auf einem gewissen Theile des Grundstücks, als auf dem ganzen Grundstück ausgeübt werden kann, so muß der Herr des dienenden Gutes gehört werden, wenn er Jenem die Servitut auf einem bestimmten Theile des Gutes anweisen will. Es darf auch der Berechtigte den Platz, den er einmal zur Ausübung der Servitut selbst gewählt hat, nicht nach Willkühr ändern [32]).

## §. 631.

### Persönliche Dienstbarkeiten. I. *Ususfructus.* Begriff.

Nach vorausgeschickten allgemeinen Erörterungen über die Lehre von Dienstbarkeiten gehen wir nun zur speciellen Lehre

Dienstbarkeit mit sich bringt. *L. 4. et 6. D. de usu et habitat. L. 6. D. de servitute legata.*

30) *L. 4. §. 1. et 2. D. de servitut. L. 5. §. 1. D. eodem. L. 24. L. 33. §. 1. D de servitut. praedior. rusticor. L. 2. D. de rivis. L. 12. C. de servitut.* Vergl. auch *Christph. Lud.* CRELL Observat. de servitutibus ad certum modum restrictis. *Vitembergae* 1751. und WESTPHAL § 543.

31) *L. 5. §. 1. D. de servitut. praed. rusticor.*

32) *L. 9. D. de servitut. L. 13. §. 1. et 3 D. de servitut. praed. rust. L. 21. 22. et 26. D. eodem.* WESTPHAL c. l. §. 548.

Lehre von den einzelnen Arten der Servituten über, und zwar wird in diesem Buche der Pandecten zuerst von den gesetzlich persönlichen Dienstbarkeiten gehandelt. Deren giebt es vier: *usus fructus*, *usus*, *habitatio* und *operae servorum*. Letztere Art weicht jedoch von der Natur der übrigen in mancher Rücksicht ab, daher sie manche Rechtsgelehrten [33]) gar nicht einmal hierher rechnen wollen. Jedoch davon Tit. VII. ein Mehreres. Ausser den benannten können auch manche Servituten, die sonst gewöhnlich dingliche sind, als persönliche ertheilt werden, wie Hellfeld hier bemerkt, und schon oben (S. 19. f.) vorgekommen ist [34]). Die in diesem Buche der Pandecten als persönlich aufgeführten Dienstbarkeiten können nie als dingliche constituirt werden, sie sind also absolut persönlich. Unter diesen ist der *usus fructus*, welchem Worte unser Nießbrauch oder Nutznießung voll-

kom-

33) S. VINNIUS in Comm. ad rubr. Tit. de usufr.

34) Ueber die oben angeführte sehr bestrittene *L. 14. §. 3. D. de aliment. legat.* verdient noch *Herm.* CANNEGIETER Observat. iuris Rom. Lib. I. cap. 17. pag. 116. nachgesehen zu werden, welcher die gemeine Lesart: est servitus personae, zwar in Schutz nimmt, weil das *personae tamen ei* etc. wie man nach der emendirten Lesart annimmt, die an ächte Latinität gewöhnten Ohren beleidige, (obwohl Ge. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. I. cap. 8. pag. 64. der Meinung ist, daß man das *ei* mit EIUS auch ohne Bedenken vertauschen könnte, weil es öfters von den Abschreibern verwechselt worden sey). Allein statt: *tamen ei* lieset er: NEC tamen ei. Vielleicht habe eine Gemination der letzten Sylbe des vorhergehenden Worts (*personae*) veranlaßt, daß NEC nachher weggelassen worden sey.

kommen entspricht, bey weitem die gewöhnlichste und wichtigste Servitut, von welcher nun zuerst zu handeln ist [35]).

Soviel zuvörderst den Begriff vom *usufructus* anbetrifft, so sagt Justinian [36], ganz gleichlautend mit Paulus [37]): *Usufructus* est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Man hat gegen diesen Begriff eingewendet, daß er mangelhaft und zweydeutig sey [38]). Denn Erstens sey das genus proximum nicht richtig angegeben. *Usufructus* sey kein bloßes ius, sondern eine persönliche Dienstbarkeit. Ein ius utendi fruendi könne auch ein Dritter haben, an welchen der Usufructuar die Nutznießung veräußert hat, aber keinen *usufructus* [39]). Zweytens hätten die Worte: *salva rerum substantia* einen vieldeutigen Sinn, und würden daher auch von den Rechtsgelehrten verschiedentlich erklärt. Ich will gar nicht einmal erwähnen, was man gegen die Richtigkeit der Lesart erinnert hat, indem einige [40]) für *rerum*

lieber

35) *Io. Del* CASTILLO, *Marc. Aurel.* GALVANUS und *Ger.* NOODT de Usufructu sind hier die vorzüglichsten Schriften.

36) *Pr. I. h. t.*

37) *L. 1. D. h. t.*

38) S. GALVANUS Cap. IV. §. 5. und *Maur. God.* BAUER Diss. de legato usufructus. Specim. I. *Lipsiae* 1795. Cap. I.

39) *L. 8. §. ult. D. de peric. et commod. rei vend.*

40) Z. B. *Fr.* HOTOMANUS in Comm. ad pr. I. h. t. pag. 139. und *P.* BUSIUS in Comm. ad L. 1. Pand. h. t. Allein schon RICCIUS Vindic. iuris Cap. 8. Tom. II. *Thes. iuris Otton.* p. 778. nennt diese emendatio inficetissima, weil uns an der Richtigkeit der Lesart weder Paulus *L. 1. D. h. t.* noch Theophilus in Paraphr. gr. ad pr. I. h. t. zweifeln lassen, wenn gleich freylich,

lieber *earum* lesen wollen. Denn darauf kommt gar nichts an. Nur der wahre Sinn dieser Worte interessirt uns. Nach einigen [41]) sollen sie auf die Dauer des Nießbrauchs hindeuten. Tribonian selbst scheint zu dieser Erklärung Anlaß gegeben zu haben. Denn er setzt folgende Worte hinzu: Est autem ius in corpore: quo sublato, et ipsum tolli necesse est; welche er auch in den Pandecten *L. 2. D. h. t.* unter der Aufschrift: CELSUS lib. 18. Digestorum zur Erläuterung der Definition des Paulus beyfügt, ohnerachtet Celsius weit früher als Paulus lebte, und gewiß die ihm zugeschriebenen Worte in einer ganz andern Beziehung geschrieben haben mag. Indessen erklärt auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase die Worte eben so: *quousque ipsae res primitivae supersunt*, (ἐφ' ὅσον αὐτὰ τὰ πρωτότυπα σώζεται πράγματα). Allein hätte Paulus nichts anders bey diesen Worten gedacht, so hätten sie, als überflüßig, und sich von selbst verstehend, eben so gut wegbleiben können, als das zu ihrer Erläuterung noch vom Theophilus beygebrachte Beyspiel. Nicht zu gedenken, daß der Nießbrauch erlöschen kann, wenn gleich die nutznießliche Sache noch unversehrt vorhanden ist. Andere [42]) glauben daher, die Worte: *salva rerum* *sub-*

lich, auser DONELLUS Lib. X. Commentar. iuris civ. cap. 2. nicht leicht ein anderer Ausleger in der Wiederholung des Worts *rerum* eine besondere ἔμφασιν wahrnehmen möchte. Man sehe auch *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 23. §. 4.

41) *Ianus a* COSTA, MURETUS, MERILLIUS und GIPHANIUS in Comm. ad pr. I. h. t.

42) *Fr.* HOTOMANUS, *Conr.* RITTERSHUSIUS, *Fr.* BALDUINUS, *Herm.* VULTEIUS, *Arn.* VINNIUS, *Ev.* OTTO u. a. m. in Comm. ad pr. I. h. t.

*substantia*, zielten auf die Pflicht des Nutznießers, die Sache so zu gebrauchen, daß sie nicht verdorben werde. Allein es ist viel eher zu glauben, daß Paulus auf das Wesen des Nießbrauchs, als auf die Pflicht des Usufructuars werde Rücksicht genommen haben. Galvanus [43]) behauptet daher, Paulus habe durch die Worte: *salva rerum substantia*, blos die Qualität der Sachen bezeichnen wollen, die ein Gegenstand des Nießbrauchs seyn können. Der Sinn dieser Worte gehe also dahin: nur bey solchen Sachen finde der ususfructus Statt, welche so beschaffen sind, daß sie durch den Gebrauch nicht aufgezehrt werden, sondern ihre Substanz behalten, um nämlich den wahren Nießbrauch von dem Quasiususfruct zu unterscheiden, welcher an fungiblen Sachen bestellet wird. Dem sey nun, wie ihm wolle, so läßt sich wenigstens nicht läugnen, daß der Begriff des römischen Juristen nicht deutlich ist, wenn ihn gleich mehrere neuere Rechtsgelehrten [44]) beybehalten haben. Galvanus [45]) substituirt daher folgenden Begriff: *Ususfructus* est servitus personalis utendi fruendi rebus, quarum substantia utendo non consumitur. Um allen Zweydeutigkeiten vorzubeugen, glaube ich, daß der Begriff vom Nießbrauche auf folgende Art am richtigsten zu bestimmen wäre, wenn man sagt, es sey diejenige persönliche Servitut, vermöge deren man die körperliche Sache eines Andern, zwar auf alle mögliche,

43) Cit. loc. Cap. IV. §. 4. pag. 26. edit. *Tubing.*

44) S. MALBLANC Dig. T. I. §. 423. WESTPHAL §. 621. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 609.

45) Cit. loc. §. 6. pag. 27.

liche, der Natur derselben gemäße, aber doch solche Art gebrauchen und benutzen darf, daß sie nach geendigtem Gebrauche in Natur, sie sey übrigens durch ordnungsmäßige Abnutzung geworden, wie sie wolle, restituirt werden kann. Unter diesen Begriff lassen sich alle mögliche Fälle subsumiren. Uebersetzen wir hingegen die Worte: *Salva rei substantia*, mit den neuern Rechtsgelehrten, durch: unbeschadet der Substanz der Sache [46]), oder ohne deren Verschlechterung [47]); so gerathen wir in einen unvermeidlichen Widerspruch mit **Ulpian** [48]), wenn dieser sagt: Si *vestis ususfructus* legatus sit, scripsit POMPONIUS, quamvis heres stipulatus sit, *finito usufructu vestem reddi*, attamen non obligari promissorem, *si eam sine dolo malo adtritam reddiderit.* Hier ist von einem vermachten Kleider-Ususfruct die Rede. Ich weiß zwar wohl, daß man darüber noch im Streit ist, ob es ein wahrer, oder nur ein Quasiususfructus sey, wovon §. 644. ein Mehreres. Es ist aber doch wohl unläugbar, daß **Ulpian** nicht nur hier, sondern auch an einem andern Orte [49]), den Kleider-Nießbrauch vernünftigerweise für einen wahren ususfructus erklärt [50]). Denn der Quasiususfructus leidet nicht die Restitution des durch den Gebrauch verschlechterten Nießbrauchsobjects, im Gegentheil ist

46) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 609.

47) S. KONOPAK Institutionen des röm. Rechts. (Halle 1807. 8.) §. 280.

48) *L. 9. §. 3. D. usufructuar. quemadmod. caveat.*

49) *L. 15. §. 4. D. de usufructu.*

50) Man sehe hier vorzüglich *Fr.* SCHOEMANS Handb. des Civilrechts. I. B. Nr. I. S. 15. ff.

ist dies eine Folge der Natur des wahren Nießbrauchs. Nun sagt hier **Ulpian**, welches sehr merkwürdig ist, wenn auch bey einem vermachten Kleider-Nießbrauche zwischen dem Erben und Vermächtnißnehmer ausdrücklich wäre stipulirt worden: *vestem reddi*, so brauche letzter dennoch das ihm zum Ususfruct vermachte Kleid nur so zu restituiren, wie es durch ordnungsmäßige Abnutzung (sine dolo malo) geworden ist, ohne dafür weiter etwas zu vergüten.

## §. 632.

Eigenheit des ususfructus, Object, und Entstehung desselben.

Der wahre ususfructus ist immer ein Recht an einer fremden Sache. Man unterscheide davon das Benutzungsrecht des Eigenthümers selbst. Dieses wird zwar zum Unterschiede *ususfructus causalis*, die Servitut hingegen *ususfructus formalis* genennt. Allein, es ist schon bey anderer Gelegenheit bemerkt worden, daß diese Benennungen nicht gesetzlich sind. Es giebt nur einen wahren ususfructus. Dieser ist die Servitut [51]). Das Recht des Eigenthümers, seine Sache zu benutzen, wird ausdrücklich in den Gesetzen davon unterschieden. Folgende Stellen beweisen dieses deutlich:

*L. 5. pr. D. Si usufr. petet.* wo **Ulpian** sagt: Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, *qui habet usumfructum*: dominus autem fundi non potest: *quia*,



51) Man sehe vorzüglich *Greg.* MAJANSII Diss. de usufructu proprietati coniuncto, et ab ea separato. (in EIUSD. *Disputationib. iuris civ.* T. I. Nr. 2.)

*qui habet proprietatem, utendi fruendi ius ſeparatum non habet; nec enim poteſt ei ſuus fundus ſervire.* De ſuo enim, non de alieno iure, quemque agere oportet. Quamquam enim *actio negativa* domino competat adverſus fructuarium, magis tamen de ſuo iure agere videatur, quam alieno: cum, *invitò ſe, negat ius eſſe utendi fructuario*, vel *ſibi ius eſſe prohibendi.*

*L. 78. pr. D. de iure dot.* Cum in fundo mariti, ſagt Tryphonin, habens mulier uſumfructum, dotis cauſa eum marito dedit: quamvis ab ea uſusfructus deceſſerit, *maritus tamen non uſumfructum habet*, ſed ſuo fundo *quaſi dominus* utitur, conſecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non ſeparatam uſufructu: nec eſt, quod non utendo maritus amittat.

In beyden Stellen wird nicht nur ausdrücklich geläugnet, daß das Benutzungsrecht des Eigenthümers uſusfructus heiße, ſondern es wird auch ein zweyfacher Unterſchied angegeben, nämlich der Eigenthümer könne ſeines Rechts wegen, wenn ſich ſolches ein Anderer anmaße, nicht actione confeſſoria, ſondern nur negatoria klagen, und dieſes Recht gehe auch nicht ſo, wie der wahre uſusfructus, durch Nichtgebrauch verlohren. Nun wird zwar in einigen Stellen [52]) das Recht des Eigenthümers *uſusfructus* genennt, qui proprietatem comitatur; allein es geſchieht nur uneigentlich, und blos in der Hinſicht, weil doch das Benutzungsrecht des Eigenthümers gleichſam als die Quelle anzuſehen iſt, aus welcher die Servitut des Nieß-

52) *L. 126. §. 1. D. de verb. obligat. L. 21. §. 3. D. de except. rei iudic. L. 4. D. Si uſusfr. petet.*

Nießbrauchs herfließt [53]). Es geschieht daher nur äusserst selten, daß dem Eigenthümer ein ususfructus zugeschrieben wird, weil der weit bedeutendere Name *dominium* schon auch das Benutzungsrecht mit unter sich begreift. Es geschieht auch nur da, wo von der Bestellung eines wahren ususfructus die Rede ist [54]). Ausserdem sagt **Paulus** [55]) ausdrücklich: Ususfructus *non dominii pars*, sed *servitutis* est (scil. species), oder wie **Haloander** lieset, *servitus est*, welcher Leseart auch **Majansius** [56]) beystimmt. Diesem ist auch nicht entgegen, wenn eben dieser römische Jurist an einem andern Orte [57]) sagt: Ususfructus in multis casibus *pars dominii* est: et extat, quod vel praesens vel ex die dari potest. Denn nach der Erklärung der besten Ausleger [58]) will **Paulus** nur so viel sagen, in vielen Stücken habe der Nießbrauch, nämlich die Servitut, von welcher hier die Rede ist, Aehnlichkeit mit dem Eigenthume, und nehme dessen Eigenschaften und Wirkungen an. Daß dieses der wahre Sinn dieser Stelle sey, erhellet nicht



53) Man vergl. besonders GALVANUS c. l. cap. 2.

54) *L. 4. D. Si usufr. petet. L. 63. D. de usufr.*

55) *L. 25. D. de Verbor. significat.*

56) Cit. Diss. II. §. 58. pag. 50.

57) *L. 4. D. h. t.*

58) *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad Tit. Dig. de pactis ad L. 27. §. 8. d. Tit. *Rad.* FORNERIUS Rerum quotidianar. Lib. II. cap. 13. (bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 175.) *Arn.* VINNIUS Commentar. ad princ. I. de Usufructu nr. 5. *Ger.* NOODT de Usufr. cap. 2. (*Operum* Tom. I. pag. 389.) *Aur.* GALVANUS cap. 26. pag. 315. und *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exerc. X. pag. 213.

nur aus dem beygefügten Beyspiel, nämlich der usus-fructus könne, so wie das Eigenthum, einem andern entweder unbedingt, oder auf eine solche Art gegeben werden, daß er ihn erst künftig, nach Ablauf einer gewissen Zeit, erhalten soll [59]); sondern es haben auch schon längst die griechischen Scholiasten [60]) jene Stelle immer so verstanden, welche die Worte *pars dominii est* erklären durch μιμεῖται τὴν δεσποτείαν, i. e. dominium imitatur. Bey dem allen aber ist dennoch nicht zu läugnen, daß der sogenannte usus fructus causalis zuweilen die Eigenschaft des wahren Nießbrauchs (usus fructus formalis) annimmt. Dies ist der Fall, wenn dem einen der fundus, einem andern der usus fructus desselben, oder wenn zweyen der Nießbrauch eines Grundstücks gemeinschaftlich, und einem Dritten nebst der Proprietät auch zugleich der usus fructus vermacht worden ist. Hier wird derjenige, welcher nebst der Proprietät den Nießbrauch, also den sogenannten usum-fructum causalem hat, sowohl in Rücksicht auf das ius accrescendi als den Verlust des Nießbrauchs, wie nicht minder in mehreren andern Stücken dem wahren Usufructuar gleich gehalten. Folgende Stellen dienen zum Beweis.

*L.* 3. §. 2. *D. de usufructu accresc.* Non solum autem, si duobus usus fructus legetur, est ius adcrescendi; verum et si alteri usus fructus, alteri fundus legatus est: nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, magis iure accrescendi ad alterum pertinet,

59) Mehrere Beyspiele führt WESTPHAL §. 634. pag. 415. an.

60) Vid. *Basilica* Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. in Schol. pag. 263.

tinet, quam redit ad proprietatem. Nec novum: nam et ſi duobus uſusfructus legetur, et apud alterum ſit conſolidatus, ius accreſcendi non perit, neque ei, apud quem conſolidatus eſt, neque ab eo: et ipſe, quibus modis amitteret ante conſolidationem, iisdem et nunc amittet. Et ita et *Neratio* et *Ariſtoni* videtur, et *Pomponius* probat.

*L. 4. eodem.* Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et Maevio et tibi eiusdem fundi uſusfructus: habebimus ego et Maevius trientes in uſufructu, unus triens proprietati miſcebitur. Sive autem ego, ſive Maevius, capite minuti fuerimus, triens inter te et alterutrum noſtrum dividetur: ita ut ſemiſſem in uſufructu habeat is, qui ex nobis capite minutus non fuerat, ad te proprietas cum parte dimidia uſusfructus pertineat.

Es ſind hier zwey Fälle angegeben, wo der uſusfructus cauſalis mit dem formali concurrirt. Erſtlich, wenn dem Einen der fundus, dem Andern der uſusfructus deſſelben iſt vermacht worden. Hier gebührt dem erſten ſo gut, wie dem letztern, der Nießbrauch, wenn es auch gleich nicht ausdrücklich geſagt iſt. Denn man legte dieſe Bedeutung dem Worte fundus bey, daß ſie den Nießbrauch einſchloß [61]). Beyde ſind alſo in Abſicht auf den Nießbrauch als legatarii coniuncti zu betrachten, zwiſchen welchen das Accreſcenzrecht Statt findet. Fällt nun der



61) *L. 6. pr. D. de uſufr. ear. rer. L. 19. D. de uſu et uſufr. leg.* Man ſehe *Io.* SCHILTERI Herennius Modeſtinus. (*Argentorati* 1687. 4.) Cap. 9.

weg, dem der Nießbrauch vermacht worden ist, so geschieht keine Consolidation, sondern der vakante Nießbrauch fällt dem andern, dem der fundus vermacht worden ist, vermöge des Anwachsungsrechts zu. Der Unterschied besteht darin, daß der vermachte Nießbrauch mit allen vom Testirer darauf gelegten Lasten accrescirt, dahingegen die Consolidation ohne alle Beschwerde geschieht. Eben so würde aber auch im umgekehrten Falle das Anwachsungsrecht eintreten. Denn wenn zweyen der Nießbrauch vermacht ist, und er wird nachher in der Person des einen mit der Proprietät consolidirt, weil er das Eigenthum z. B. durch Kauf oder Schenkung an sich gebracht hat; so verliert dadurch der vermachte Nießbrauch die Eigenschaft des ususfructus formalis nicht [62]). Er kann daher in der Person des Proprietars verlohren gehen und accresciren, eben so, als wenn keine Consolidation geschehen wäre. Der andere Fall ist, wenn demjenigen, welchem der Testirer die Proprietät eines fundus vermacht hat, mit mehreren zugleich der Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist. Dieser Fall unterscheidet sich von dem vorigen darin, daß hier der Proprietar, dem mit mehreren der Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist, nicht die Hälfte, die er ohne Vermächtniß als legatarius fundi erhalten würde [63]), sondern nur ein Drittel erhält. Dieser Triens ist nun zwar, insofern er mit der Proprietät verbunden ist, ein ususfructus causalis. Allein er hat hier ganz die Natur

62) *L. 6. pr. D. de usufr. accresc.* Vid. *Ios. Christ.* MERTEN Diss. de Usufructu adcrescendo. *Erfordiae* 1773. §. 9.

63) *L. 9. D. de usufr. accresc. L. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg.*

Natur des ususfructus formalis. Es tritt daher das ius accrescendi ein, wenn etwa einer der Mitnutznießer seinen Antheil verliert, er sey, wer er wolle, wenn auch der legatarius proprietatis die Proprietät, mit Vorbehalt des Nießbrauchs, an einen Dritten veräußert haben sollte [64]).

Der Nießbrauch ist ferner ein höchst persönliches Recht im subjectiven Sinn. Er kann daher

1) von der Person desjenigen, dem er zusteht, nicht getrennt werden [65]). Hieraus erklärt sich, warum derjenige, dem der ususfructus vermacht ist, wenn er denselben wieder einem Andern zu restituiren gebeten worden, dennoch auch nach geschehener Restitution der eigentliche wahre Usufructuar bleibt. Denn der Fideicommissar erlangt durch die ihm geschehene Restitution nur die possessionem ususfructus, nicht das dominium, wie Julian [66]) sagt. Dies hat nun die Folge, daß wenn der letztere den Nießbrauch verliert, derselbe wieder an den Legatar zurückkehrt [67]). Nach dem Civilrecht würde auch der ususfructus erlöschen, wenn der Legatar stirbt, oder eine capitis deminutio erleidet [68]). Allein der Prätor schützt den Fideicommissar bey dem Besitz des Nießbrauchs, nicht anders,

64) *L. 5. D. de usufr. accresc.* S. *Henr. a* SUERIN Quaestion. de usufructu accrescendo lib. un. bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* T. IV. pag. 107. und WESTPHAL §. 624. pag. 406. sq.

65) *L. 3. §. 3. D. Quib. mod. ususfr. amitt.*

66) *L. 3. D. Si ususfr. petetur.*

67) *L. 17. pr. D. de legat. II.* WESTPHAL §. 942. pag. 662. Not. c.

68) *L. 29. D. de usu et usufr. legat.*

anders, als wenn er diesem selbst wäre unmittelbar vermacht worden [69]). Er kann daher auch actione utili im eignen Namen klagen [70]).

Hieraus erklärt sich ferner, warum der Usufructuar zwar die Ausübung seines Rechts, so lange er lebt, einem Andern durch Kauf oder Schenkung überlassen, aber das Nutznießungsrecht selbst keinem Andern, als dem Proprietar, cediren könne [71]). Nam qui emit usumfructum, vel cui donatus est, *is utitur nomine usufructuarii.* Et ideo, si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, *videor usumfructum retinere.* Quia, qui pretio utitur, non minus habere intelligitur usumfructum, quam qui principali re utitur fruitur [72]). Von der Cession des Nießbrauchs wird unten (§. 634.) noch mehr gesagt werden.

Hieraus erklärt sich ferner, warum der Usufructuar den Proprietar, als seinen Schuldner, in Rücksicht des Nießbrauchs nicht delegiren könne. Hat der Proprietar den-

69) *L. 29. cit.* Si quis usumfructum legatum sibi alii restituere rogatus sit, eumque in fundum induxerit fruendi causa: licet iure civili morte et capitis deminutione ex persona legatarii pereat ususfructus, *quod huic ipso iure adquisitus est;* tamen Praetor iurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei, cui ex fideicommisso restitutus est, legati iure adquisitus fuisset. Add. *L. 4. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

70) *L. 29. §. 2. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

71) *L. 12. §. 2. L. 67. D. h. t. L. 8. §. 2. D. de peric. et commod. rei vend. §. 3. I. de Usufr.*

72) *L. 38. et L. 39. D. h. t.*

dennoch auf Verlangen des Usufructuars dem Gläubiger desselben den Nießbrauch cedirt, so ist zwar die Delegation nach dem strengen Recht ungültig, und das Recht des Nießbrauchs dauert in der Person des Usufructuars fort. Allein wollte letzter aus diesem Grunde den delegirten Nießbrauch in Anspruch nehmen, so würde ihm billig die exceptio doli entgegengesetzt werden können. Diese Einrede findet sogar alsdenn noch Statt, wenn der Delegatar vor dem Usufructuar sterben sollte, und der Nießbrauch wieder an den Proprietar zurückgekommen wäre. Denn der letztere hätte sich's auch müssen gefallen lassen, wenn der Delegatar den Usufructuar überlebt hätte [73]).

2) Der Nießbrauch ist blos auf die Lebenszeit des Usufructuars beschränkt. Daher sagt **Modestin** [74]) mit Recht: Titio, *cum morietur*, ususfructus inutiliter relinqui intelligitur; *in id tempus videlicet collatus, quo a persona discedere incipit.* Durch den Tod des Usufructuars hört demnach der Nießbrauch dergestalt auf, daß eine Wiedererneuerung desselben, die sonst auf jeden Fall des Verlusts festgesetzt werden kann, dennoch auf den Todesfall

73) *L. 4. D. de novat. et delegat.* S. MAJANSIUS cit. Diss. II. §. 36. p. 35 und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 2. Nr. XVI. Not. f. et g. pag. 346.

74) *L. 51. D. h. t.* Eben so sagt Paulus *L. 5. D. de usu et usufr. leg.* Usumfructum, *cum moriar*, inutiliter stipulor: idem est in legato, quia et constitutus ususfructus morte intercidere solet. S. *Io. van* NISPEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini novem libris Differentiarum supersunt. (*Lugd. Batav.* 1752.) Cap. 10. init.

fall ganz vergeblich ist, wofern nicht etwa der Nießbrauch den Erben zugleich legirt worden wäre [75]).

Soviel hiernächst den Gegenstand des Nießbrauchs anbetrifft, so können eigentlich nur körperliche, und zwar nicht fungibele Sachen zu einem wahren usufructus gegeben werden. Darin waren, nach dem Zeugniß des Celsus [76]), alle Rechtsgelehrten einverstanden: usumfructum esse *ius in corpore.* Eben diesen Satz hat Justinian, als ganz unbestritten, in seine Institutionen [77]) aufgenommen, und Theophilus [78]) erklärt ihn in seiner griechischen Paraphrase in den Worten: *ἀσώματός ἐστιν ὁ συσσυφρουντος, κατηγορεῖται δε σωματικῶ, usufructus est incorporalis, sed praedicatur de re corporali,* so deutlich, daß gar kein Zweifel übrig bleibt. Unkörperliche Sachen, z. B. nomina, d. i. aussenstehende Kapitalien, sind also kein Gegenstand des wahren Nießbrauchs, sondern es läßt sich hier nur analogisch ein sogenannter quasi usufructus denken, von welchem Tit. 5. handelt. Ulpian [79]) rechnet ausdrücklich den usufructus nominum zum Quasiusufruct. Er sagt nämlich: Post quod (sc. Senatusconsultum,

75) *L. 5. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.* Repeti potest [legatus] usufructus amissus qualicunque ratione: *dummodo non morte*, nisi forte heredibus legaverit. Vid. WESTPHAL §. 954. not. 837.

76) *L. 2. D. h. t.*

77) *Princ. I. h. t.*

78) Paraphr. graec. ad princ. I. h. t. Tom. I. pag. 272. edit. *Reitz.*

79) *L. 3. D. de usufr. ear. rer. quae usu cons.*

tum, quod Tiberii tempore de quasi usufructu est conditum, wovon **Ulpian** in der *unmittelbar vorhergehenden* Stelle geredet hatte) omnium rerum ususfructus legari poterit. An et *nominum*? NERVA negavit: Sed est verius, quod CASSIUS et PROCULUS existimant, posse legari. Es war hier nicht der Streit darüber, ob der ususfructus nominum ein verus oder quasi ususfructus sey. Denn das Erstere zu behaupten, ist nie einem römischen Juristen eingefallen, und unbegreiflich ist es, wie der mir sehr achtungswerthe **Lauterbach** [80]) hat schreiben können: *Nominum autem non quasi, sed magis verus datur fructus.* Der Streit zwischen **Nerva, Prokulus** und **Cassius** war vielmehr der, ob nach dem gedachten Senatusconsultum der ususfructus nominum nicht wenigstens als ein quasi ususfructus gültig vermacht werden könne, welches **Nerva** läugnete [81]). Daß bey Capitalien nur ein quasi ususfructus Statt habe, ist vollends ausser allem Zweifel, wenn man erwägt, daß bey diesen die in dem Senatusconsultum vorgeschriebene Caution geleistet werden muß [82]).

Allein die Sachen müssen nicht blos körperliche, sondern auch nicht fungibele seyn, welche ein Gegenstand des wahren

80) Colleg. theor. pract. Pand. Lib. VII. Tit. 5. §. 6.

81) Man vergleiche hier vorzüglich *Car. Frid.* WALCH Progr. Controversiam de usufructu nominis inter veteres ICtos agitatam exponens. *Ienae* 1758.

82) *L.* 24. *D. de usu et usufr. leg.* Man sehe *Car. Frid.* WALCH Diss. de usufructu nominum maritali. *Ienae* 1767. §. 8—10. (*Opusc.* Tom. I. Nr. 4.)

wahren Nießbrauchs seyn sollen. Justinian [83]) belehrt uns hierüber auf folgende Art: Constituitur autem usus-fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis, et ceteris rebus: [*exceptis iis, quae ipso usu consumuntur*]. Nam hae res *neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum.* Es kann also an solchen Sachen, welche durch den Gebrauch, wozu sie vernünftigerweise ganz oder zum Theil bestimmt sind, sogleich und auf einmal ganz oder zu dem bestimmten Theile aufgezehrt werden (res fungibiles), kein wahrer Nießbrauch gegeben werden. Dahin gehören unstreitig Geld, desgleichen Eß- und Trinkwaaren. Es ist aber ein offenbarer Irrthum, wenn in der angeführten Stelle der Institutionen auch Kleider (vestimenta) zu den fungiblen Sachen gerechnet werden, wie auch Westphal [84]) ganz richtig bemerkt hat. Denn wie wenig es hier dem Kaiser Justinian ein Ernst gewesen sey, das Recht der Pandecten [85]), in welchem der vermachte Kleidernießbrauch für ein wahrer ususfructus erklärt ist, abzuändern, ist daraus offenbar, weil an einem andern Orte der Institutionen [86]) der Kleidergebrauch ohne Unterschied als Gegenstand

83) §. 2. *I. h. t.*

84) De libert. et servitut. praedior. §. 626. et 627. Man sehe auch VINNII Commentar. ad §. 2. I. h. t. *Guil. Otto* REITZ ad *Theophili* Paraphras. graec. Instit. §. 2. h. t. not. kk. Tom. I. pag. 273. meint, Justinian rede blos vom Tuch zu Kleidern, nicht von gemachten Kleidern.

85) *L. 15. §. 4. D. h. t. L. 9. in fin. D. Usufr. quemadm. caveat.*

86) *§. 5. I. de locat. conduct.*

stand des Miethcontracts anerkannt wird, welcher doch seiner Natur nach nur an nichtfungiblen Sachen Statt haben kann [87]). Es versteht sich übrigens, daß der Gegenstand des Nießbrauchs auch eine solche Sache seyn müsse, welche dem Usufructuar wirklich nützt, wenn sie ihm auch nur einen wissenschaftlichen Nutzen, oder auch nur ein intellectuelles Vergnügen gewährt. So kann mir z. B. Jemand den usumfructum von seinem Münzcabinet, ferner von seinen Gemälden, Statüen und Kupferstichen vermachen. Jedoch kann sich der Usufructuar in dem ersten Falle der Münzen nur als Gemmen oder Medaillen bedienen, und daraus Nutzen und Vergnügen schöpfen. Dies ist unstreitig der Sinn, wenn **Pomponius** [88]) sagt: Numismatum aureorum vel argenteorum veterum, *quibus pro gemmis uti solent*, ususfructus legari potest. Denn die Redensart: *veteribus numismatibus uti pro gemmis*, heißt nicht, wie es **Donellus** [89]) und **Connanus** [90]) erklären, sich der Münzen statt der Knöpfe auf dem Hut oder Rock zur Zierde bedienen, oder sie als Halsgehäng vor der Brust tragen, wie die Glosse des Accursius erklärt, sondern vielmehr *numismatibus uti, non tanquam numerata pecunia, sed tanquam gemmis, id est, ad eum modum, ad quem gemmis uti solemus, quarum usus est animi oblectatio ex earum cum collectione, tum contemplatione,*

87) S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts. I. B. Nr. I. S. 15—23.

88) *L. 28. D. h. t.*

89) Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 3. in fin.

90) Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 1. nr. 2.

*tione*, wie Ger. Noodt [91]) diese Stelle richtiger erklärt hat. In dem letztern Falle hingegen besteht der ususfructus darin, daß der Usufructuar die Gemälde und Statüen zur Zierde und Bewunderung in seinem Hause aufstellen oder aufhängen kann. Hierher gehört, wenn Marcian [92]) sagt: Statuae et imaginis usumfructum posse relinqui, magis est; quia et ipsae habent aliquam utilitatem, *si quo loco opportuno ponantur*. Es thut übrigens nichts, wenn die Sache, woran mir der Nießbrauch ist eingeräumt worden, auch anfangs noch unbrauchbar seyn sollte, genug, wenn sie nur noch in der Folge brauchbar wird [93]).

Man kann auch den Nießbrauch sowohl von seinem ganzen Vermögen, als von einzelnen Sachen vermachen [94]). In dem ersten Falle beschränkt sich der Nießbrauch nicht blos auf dasjenige Vermögen, welches der Testirer zur Zeit des errichteten Testaments bereits erworben hatte, wie Castillo Sotomayor [95]), Gerh. Noodt [96]) u. Bauer [97]) behaupten, sondern er erstreckt sich ohne Zweifel auch auf das

91) Observation. Lib. I. cap. 5. und de Usufructu Lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Iac.* CUJACII Observat. Lib. X. cap. 37. *Guil.* BUDAEUS de asse et partibus eius Libr. V. pag. 945. edit. *Rechenberg.* und GALVANUS cap. 32. nr. I.

92) *L. 41. D. de usufr.*

93) PAULUS *Lib. III. Sentent. recept. Tit. 6. §. 18. L. 12. §. 3. L. 55. D. h. t.* NOODT de usufr. Lib. I. Cap. 4. und GALVANUS cap. 31. nr. 6.

94) *L. 29. L. 34. §. 2. D. h. t. L. 37. D. de usu et usufr. leg.*

95) de Usufructu cap. 44.

96) De usufructu Lib. I. cap. 23. Tom. I. *Oper.* pag. 445.

97) Diss. de legato ususfructus Specim. I. cap. 4. pag. 31.

das nach der Errichtung des Testaments noch erworbene Vermögen, und hat also das ganze Vermögen zum Gegenstande, was der Testator zur Zeit seines Todes hinterlassen hat. Es folgt dies schon daraus, weil das Vermächtniß erst durch den Tod des Testirers seine Gültigkeit erhält, und es überhaupt eine Regel ist, daß die Größe des Vermögens eines Verstorbenen nach dem Bestand desselben zur Zeit des Todes des Erblassers zu beurtheilen sey [98]). Für unsere Meinung spricht ferner auch die Verordnung [99]), die **Justinian** in einem solchen Falle zum Besten der Kinder gemacht hat, da der Mutter derselben der Nießbrauch des ganzen Vermögens in dem väterlichen Testament ist ausgesetzt worden. Es können daher diejenigen Gesetze [100]) in gar keine Betrachtung kommen, in welchen gesagt wird: Si ita esset legatum, *vestem meam, argentum meum*, damnas esto dare, id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset: quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. Ich will hier gar nicht berühren, was Jensius [1]) gegen diese Verordnung überhaupt erinnert hat. Denn, da dieselbe ganz klar ist, und auch in mehreren Stellen vorkommt, so kann dergleichen Raisonnement, wie

98) *L. 73. pr. D. ad L. Falcid. §. 2. I. eod. L. 6. C. de inoff. testam.*

99) *Nov. XVIII. cap. 3.* S. den 7. Th. dieses Commentars §. 546. S. 79. folg.

100) *L. 7. D. de auro et arg. leg.*

1) Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 284. sqq.

wie auch schon Westphal [2]) ganz richtig bemerkt hat, durchaus nicht passiren. Allein wie wenig dieser Grundsatz in einem solchen Falle gelten könne, da von einer universitas bonorum die Rede ist, erhellet daraus, weil hier nach klaren Gesetzen [3]) der Zuwachs, bis zur Zeit des Todes des Testirers, dem Legatar gehört. Ich übergehe andere Gründe, und verweise auf Voet [4]), der hierin ganz mit mir einverstanden ist. Der Nießbrauch, welcher Jemandem von einem ganzen Vermögen vermacht worden ist, begreift nun zwar auch die aussenstehenden Kapitalien des Erblassers in sich [5]). Denn Ulpian [6]) gedenkt ausdrücklich auch des *usufructus calendarii*. Calendarium aber hieß das Buch, worin jeder römische Patersfamilias die Namen seiner Schuldner einschrieb, welche ihm Zinsen zu bezahlen hatten. Denn diese wurden alle Monate (an den Kalenden) bezahlt [7]). *Usufructus calendarii*

2) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 586.

3) *L. 8. §. 8. D. de peculio leg.* *§. 20. I. de legat.* *L. 57. §. 2. D. de peculio.* *L. 20. §. 1. D. de ann. legat.* *L. 89. §. 1. D. de legat. II.*

4) Commentar. h. t. §. 15.

5) *L. 49. in fin. D. de Verb. Signif.*

6) *L. 37. D. de usu et usufr. leg.* Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim. Quaesitum est, an praediorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et supellectilis, itemque *calendarii usufructus* ad uxorem pertineat? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertinere.

7) S. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 28. nr. 5. et 6. und *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 1.

*darii* ist daher der Zinsengenuß von den ausstehenden Kapitalien des Erblassers [8]). Allein es kann doch ein solcher Nießbrauch nur von denjenigen Gütern verstanden werden, welche nach Abzug der Schulden des Erblassers übrig sind [9]). Denn es ist überhaupt schon die Regel bekannt:



8) NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 23.

9) *L. 43. D. de usu et usufr. leg.* Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiae partis usumfructum legaverit. *Nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur*, et, quod in actionibus erit, computabitur. At si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur. Mit dieser an sich ganz planen Stelle hat die Critik auf mancherley Art ihr Spiel getrieben. Einige wollen mit Haloander *Nonnihil interest* lesen, andere mit der Vulgata: *Multum interest.* Anton Faber Conjecturar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. billigt nicht nur die letztere Leseart, sondern setzt auch statt: rerum tertiae partis, *rerum certarum.* HERALDUS Rerum iudicatar. Lib. II. cap. 3. und *Hugo* GROTIUS in Florum spars. ad ius Iustinian. h. L. pag. 201. lesen hingegen *rerum certae partis*, i. e. certarum rerum. *Ger.* NOODT Observat. Lib. I. cap. 12. und de Usufr. Lib. I. cap. 23. hält zwar alle jene Emendationen für unnöthig, glaubt aber doch, daß bey den Worten: *et, quod in actionibus* etwas fehle, und so gelesen werden müsse: et, *si rerum*, quod in actionibus erit etc. Allein *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 24. hat gezeigt, daß auch diese Noodtische Emendation so unnöthig sey, als jene seiner Vorgänger. Der Sinn der Stelle geht dahin, es sey kein Unterschied, ob der Nießbrauch von einer certa pars bonorum, oder certa pars rerum vermacht worden sey; denn in dem einen Falle, wie in dem andern, müßten die Schulden des Erblassers abgerechnet, aber auch die Forderungen des Erblassers, d. i. seine ausstehenden Kapitalien dazu gerechnet werden. Denn dies ist der Natur einer legirten universitas gemäß.

*Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno superſunt* [10]). Es erſtreckt ſich auch derſelbe ſo wenig auf den Pflichttheil der Notherben [11]), als auf die dem Erben der Proprietät gebührende Quarta Falcidia [12]). Iſt Jemandem der Nießbrauch von einem Theile des Vermögens ohne weitere Beſtimmung vermacht, ſo gebührt ihm nach Vorſchrift der Geſetze der Nießbrauch von dem halben Vermögen

gemäß. Die Benennungen bona und res ſind auch völlig gleichbedeutend. Daß hier gerade des dritten Theils der Güter gedacht wird, bezieht ſich auf eine Verordnung der Lex Iulia et Papia Poppaea, nach welcher Ehegatten, auſſer dem zehnten Theil der Güter, den ſie matrimonii nomine von einander erbten, ſich auch noch den Nießbrauch von dem dritten Theil der Güter vermachen konnten. *L. 48. D. de uſuris. L. 10. D. de praeſcr. verbis.* S. *Io. Gottl.* HEINECCII Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 14. §. 5. Iſt hingegen blos der Nießbrauch von einzelnen Sachen vermacht, ſo kommen die Schulden des Erblaſſers ſo wenig, als ſeine ausſtehenden Schuldforderungen in Betrachtung.

10) *L. 39. §. 1. D. de Verbor. Significat. L. 69. D. ad Leg. Falcid.*

11) *Nov. XVIII. cap. 3.* Hierdurch iſt alſo der *L. 37. D. de uſu et uſufr. leg.* und der *L. 18. in fin. C. de excuſat. tutor.* derogirt worden. S. BAUER Diſſ. de legato uſusfructus. Cap. 5.

12) *L. 29. D. h. t.* Omnium bonorum uſumfructum poſſe legari, *niſi excedat dodrantis aeſtimationem*, *Celſus* lib. 32. Digeſtorum et *Iulianus* lib. LXI. ſcribit, et eſt verius. Add. *L. 1. §. 7. D. ad Leg. Falcid.* Man ſehe auch BAUER cit. loc. pag. 42. ſqq.

mögen des Erblassers [13]). Es sind jedoch auch hier die Schulden des Erblassers vor allen Dingen abzurechnen. Es kann endlich der Nießbrauch auch von fremden Sachen vermacht werden, und er gilt unter eben den Bedingungen, unter welchen das Legat einer fremden Sache gültig ist. Es wird also vorausgesetzt, daß der Erblasser gewußt habe, daß die Sache, deren Nießbrauch er vermacht hat, eine fremde sey. Will der Eigenthümer dem Legatar den Nießbrauch seiner Sache nicht gestatten, so muß der Erbe denselben entweder durch Substitution einer andern Sache, oder dem Werthe nach entschädigen [14]).

Endlich soviel die Entstehung dieser Servitut anbetrifft, so wird sie zwar constituirt, wie jede andere Servitut (§. 624.), doch hat der Nießbrauch das Unterscheidende, daß er sehr oft ipso iure Statt findet [15]), und auch durch das ius accrescendi erworben werden kann, welches gewiß in dem Umfange, wie beym Nießbrauche, sonst bey keiner andern Servitut vorkommt [16]). Doch ist hier auch in Ansehung der gemeinen Entstehungsgründe noch manches Besondere zu bemerken.

I. Wird der Nießbrauch durch eine letzte Willensverordnung constituirt, so lassen sich verschiedene Fälle gedenken.



13) *L. 43. D. h. t.* Etiam partis bonorum ususfructus legari potest. Si tamen non sit specialiter facta partis mentio, *dimidia pars bonorum continetur.*

14) S. WESTPHAL §. 631. Not. 557. pag. 412.

15) Die hierher gehörigen Fälle sind schon oben vorgekommen §. 627. S. 89.

16) Hiervon handelt Tit. 2. *de usufructu accrescendo.*

1) Der Testator kann Jemanden im Nießbrauche zum Erben einsetzen. Hier ist zu unterscheiden, ob neben demselben noch ein coheres universalis eingesetzt worden, oder nicht. In dem letzten Falle erhält der im Nießbrauch Eingesetzte nicht blos den Nießbrauch, sondern den ganzen Nachlaß [17]). Dies hat aus dem Grunde keinen Zweifel, ne testator pro parte intestatus decessisse videatur [18]). Ein gleiches soll auch in dem Falle Statt finden, wenn Jemand allein, jedoch mit Ausnahme des Nießbrauchs, zum Erben eingesetzt worden ist. Hier meinen viele [19]), der Erbe bekomme mit dem ganzen Nachlaß auch den Nießbrauch, eben so, als wenn keine Ausnahme wäre gemacht worden. Wir haben über diesen Fall eine eigene Stelle in den Pandecten [20]), welche folgendermassen lautet: Si ita quis heres institutus fuerit, *excepto fundo, excepto usufructu heres esto*: perinde erit iure civili, atque si *sine ea re* heres institutus esset. Idque auctoritate *Galli Aquilii* factum est. Es kommt hier alles auf den Sinn der Worte *sine ea re* an. Diese erklärt man gemeiniglich so: *sine ea exceptione*, oder *sine rei exceptae mentione*, seu *detracta usufructus mentione*, so daß also der Sinn derselben

17) S. GALVANUS de usufr. Cap. XIII. §. 12. pag. 126. und BAUER cit. Diss. Cap. 2. pag. 15.

18) Siehe auch *L. 1. §. 4. D. de hered. instit.* und *L. 9. §. 13. D. eodem.*

19) GALVANUS c. l. §. 13. *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. II. Cap. 1. §. 5. *Greg.* MAJANSIUS ad triginta ICtorum fragmenta Commentar. Tom. II. pag. 105. seqq. BAUER cit. loc.

20) *L. 74. D. de heredib. instit.*

selben der sey: die Ausnahme dieser Sachen solle, als nicht geschehen, angesehen werden [21]). Allein schon Detlev Langebek [22]) erinnerte gegen diese gemeine Erklärung, daß sie dem Sinn des römischen Juristen nicht entspreche, und ihren Ursprung der fehlerhaften Leseart der Vulgate, welche so lautet: *ex certo fundo, excepto usufructu*, verdanke [23]). Er glaubt also, das Gesetz müsse ganz anders verstanden werden. *Meo iudicio*, sagt er, *hoc vult Iurisconsultus, in heredis institutione certam aliquam rem expresse excipi posse; veluti si dicat testator*: Titius ex asse heres esto, excepto fundo Treboniano, *vel* excepto usufructu illius *vel* illius fundi. *Quo casu ex asse quidem heres erit; verum fundus vel ususfructus exceptus, quasi ex causa fideicommissi, ad legitimos heredes spectabit. Et quid prohibet excipere certam aliquam rem, ut ex reliquo quis heres sit, cum legatum*



21) Ausser den in der Note 19. bereits angeführten Rechtsgelehrten gehören noch hierher *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. T. I. Decad. XV. Err. 7. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 5. Nr. XXXVI. not. a.

22) In LL. aliquot perdifficiles et nond. satis intellectas novae Annotationes Cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 550.)

23) Hiervon geht auch die Erklärung der Glosse aus: *Institui mihi heredem*, heißt es in derselben, *Titium ex fundo meo Titiano, excepto usufructu. Certe heres institutus videtur in tota hereditate mea, detracta fundi mentione. Et hoc dicit Gallus Aquilius.* Die Worte: SINE EA RE, werden nachher eben so, wie gewöhnlich, erklärt, i. e. *sine exceptione eius rei* s. *fundi* s. *ususfructus. Totum enim simpliciter debet habere, cum non sit alius institutus.*

*tum nihil aliud sit, quam delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit? L. 116. pr. D. de legat. I. Et in fideicommissis voluntas magis, quam scriptura spectetur?* Dieser Erklärung ist auch Westphal [24]) beygetreten, welcher sie noch durch die sehr gründliche Bemerkung unterstützt, daß es nach jener gemeinen Erklärung des Ansehens des Aquilius Gallus zur Einführung eines Rechtssatzes nicht bedurft hätte, der schon auf den Begriff eines successoris universalis hätte gegründet werden können. Dahingegen bedurfte es eher der Unterstützung durch die Auctorität eines bewährten Juristen, daß man den letzten Willen auch in Ansehung der von der Erbschaft ausgenommenen einzelnen Sachen für gültig hielt. Man sahe also diese Ausnahme als ein dem Erben auferlegtes Legat an. Eine solche Ausnahme von der universitas bonorum hält auch Paulus [25]) in einem ähnlichen Falle für gültig. Ich trage kein Bedenken, diese Erklärung zu unterschreiben. Denn es ist ja doch wohl unstreitig ein großer Unterschied, ob ich einen blos ex re certa, ohne Miterben, instituire, oder ob ich einen, jedoch mit Ausnahme einer einzelnen Sache, zum Universalerben einsetze. Hier läßt sich die Regel des Pomponius [26]): ius nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, schlechterdings nicht anwenden. Es paßt auch schon die ganze Erklärung gar nicht zu den Worten: *atque si sine ea re heres institutus esset*, wenn man sie nach der gemeinen Ansicht so verstehen

24) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 252.

25) *L. 86. pr. D. de legat. II.*

26) *L. 7. D. de Reg. iuris.*

stehen wollte, daß die gemachte Ausnahme, als nicht geschehen, angesehen werden solle.

Ich komme auf den andern Fall, wenn ausser dem, welcher auf den Nießbrauch des Vermögens ist eingesetzt worden, noch ein anderer coheres universalis instituirt ist. Hier lassen sich wieder zwey Fälle gedenken, der cohaeres universalis tritt entweder die Erbschaft an, oder nicht. Im ersten Falle ist der auf den Nießbrauch Eingesetzte, weil er heres in re singulari ist, als bloßer Legatar anzusehen [27]). In dem letztern Falle hingegen bekommt er die ganze Erbschaft, eben so, als wenn der auf die Proprietät eingesetzte Miterbe gleich anfangs nicht wäre instituirt worden [28]). Wie aber, wenn der Erblasser Jemanden im Nießbrauche seines Vermögens zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach desselben Tode ein Anderer des Testirers Erbe seyn solle? Was ist hier Rechtens? Diese Frage ist sehr streitig, und wird von den Rechtsgelehrten auf mancherley Art entschieden [29]). Einige [30]) beantworten sie so: der im Nießbrauche Eingesetzte,

27) L. 13. Cod. de heredit. instituend.

28) GALVANUS de usufr. Cap. 13. §. 13.

29) S. Io. Iac. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. LVI. §. 13. und Hennemann Untersuchung zweyer Rechtsfragen: 1) Ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten, als Legatarius anzusehen sey? 2) Was Rechtens sey in dem Falle, da ein Erblasser Jemand im Genießbrauch zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach dessen Tode ein anderer sein (des Testirers) Erbe seyn solle? Schwerin und Wismar 1790. 8.

30) HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. 5. §. 9.

setzte, da mit ihm zugleich Niemand in der übrigen Verlassenschaft — in der Proprietät, eingesetzt worden, sey einziger Erbe, der nach seinem Tode gerufene Erbe aber Fideicommißerbe. Letzter müsse jedoch den erstern überleben, stirbt er vor dem auf den Nießbrauch Eingesetzten, so werde dieser nun heres in solidum, und das Fideicommiß sey erloschen. Andere [31]) meinen, es müsse der letzte Wille des Erblassers in dem vorliegenden Falle nach der Billigkeit und der Rechtsanalogie so erklärt werden, daß der auf den Nießbrauch Eingesetzte, da ihm ein anderer Erbe zugegeben worden, als bloßer Legatar anzusehen sey; es müsse also die Einsetzung des zugegebenen Erben in Absicht auf das Recht zur Proprietät, als rein und unbedingt geschehen angenommen werden; nur, was den Nießbrauch betrifft, sey sie bis zum Tode des darin Eingesetzten suspendirt. Nach einer dritten Meinung [32]) soll in dem gegebenen Falle der im Nießbrauche eingesetzte Erbe, wahrer, obwohl auf den Nießbrauch eingeschränkter Erbe seyn; ihm sey ein anderer Erbe zugegeben, der die übrige Erbschaft haben soll, aber nicht rein, sondern nach dem Tode des im Nießbrauch Eingesetzten, das ist, von einem ungewissen Tage an; von einem Tage an, der eine Bedingung macht, — die Bedingung nämlich, daß der zugegebene Erbe den Tod des im Nießbrauch Eingesetzten erlebt haben müsse. Allein bey allen diesen Entscheidungen ist der richtige Gesichtspunct

31) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12. und *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Tom. II. Exercit. XXX. §. 6. not. d.

32) Hennemann in der angeführten Untersuchung. 2. Frage §. 5. und 6.

punct fast durchgehends verfehlt. Darin haben die Vertheidiger der zweyten Meinung Recht, daß der auf den Nießbrauch Eingesetzte, weil er heres in re singulari ist, als bloßer Legatar anzusehen sey [33]). Allein die Behauptung, daß die Ernennung des Erben nach dem Tode des auf den Nießbrauch Eingesetzten, in Absicht auf das Recht zur Proprietät, für rein und unbedingt zu halten, und nur in Absicht auf den Nießbrauch bis zum Tode des darin Eingesetzten suspendirt sey, thut der Einsetzungsformel offenbar Gewalt an. Wie können die Worte:

„Ich setze den A. auf den Nießbrauch meines Vermögens zum Erben ein. Nach seinem Ableben soll B. mein Erbe seyn“

so gedeutet werden?

„A. soll den Nießbrauch meiner Verlassenschaft haben. B. soll aber mein eigentlicher Erbe seyn, und zwar gleich, und noch beym Leben des A. Er soll nur nach dessen Tode erst den Nießbrauch haben.“

In Wahrheit, wenn das die Absicht des Testirers wäre, so hätte er sich ganz anders ausdrücken müssen. Hierin hat

33) Nach der *L. 13. C. de hered. instit.* soll derjenige, der auf eine einzelne Sache eingesetzt ist, wenn neben demselben ein anderer Erbe entweder schlechthin oder zu einem idealen Theil des Ganzen gerufen ist, als Legatar behandelt werden. Anders erklärt zwar dieses Gesetz Hennemann in der angef. Untersuchung. 1. Frage §. 7. u. 8. Es ist jedoch hier der Ort noch nicht, diese Erklärung näher zu prüfen, wovon in dem Tit. de hered. instituendis. S. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 669.

hat also die dritte Meinung Recht, daß die Einsetzung des nach dem Tode des A. auf die Proprietät eingesetzten Erben nicht rein, sondern von einem ungewissen Tage an, geschehen sey. Ein solcher ungewisser Tag wird einer Bedingung gleich geachtet, welche darin besteht, daß der von einem solchen Tage an ernannte Erbe den Tod des auf den Nießbrauch Eingesetzten erleben muß [34]). In einem solchen Falle kann nun der Erbe, wie bey bedingten Einsetzungen, die bonorum possessio secundum tabulas erhalten [35]). Es kann also der auf den Nießbrauch Eingesetzte das ihm zugedachte Vermächtniß nur insofern erhalten, als der erst nach desselben Tode auf die Proprietät eingesetzte Erbe bey seinem Leben die B. P. secundum tabulas agnoscirt. Nach diesen Grundsätzen hat auch Thibaut [36]) die aufgeworfene Streitfrage ganz richtig entschieden.

2) Gewöhnlicher ist der Fall, daß der Nießbrauch legirt wird. Hier kommt es darauf an, ob einem Dritten die Proprietät vermacht worden, oder nicht. Im letztern Falle verbleibt das Recht an der Substanz der Sache dem Erben, der Legatar hingegen hat den vollen und alleinigen Genuß. In dem ersten Falle hingegen ist entweder das Grundstück ausdrücklich mit Ausnahme des Nießbrauchs vermacht worden, oder es ist schlechthin dem Einen die Sache, dem Andern der Nießbrauch derselben vermacht.

In

34) *L. 1. §. 2. D. de condit. et demonstrat. L. 79. §. 1. D. eodem. L. 4. pr. D. Quando dies legator.*

35) *L. 23. pr. D. de heredib. instituend.*

36) System des P. R. 2. Th. §. 805.

In dem ersten Falle hat der Legatar des Grundstücks die bloße Proprietät. In dem letztern aber theilen beyde den Nießbrauch mit einander. Es gehören hierher folgende Stellen.

§ 1. *I. de usufructu.* Ususfructus a proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit, nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum; et contra, si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum; item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.

*L.* 19. *D. de usu et usufr. legat.* Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit; si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet, eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego: vel Sejo eiusdem fundi usumfructum heres dato. Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.

Ob diese Vorschrift noch jetzt anzuwenden sey, ist sehr streitig. Viele [37]) zweifeln daran, weil die in derselben angenommene Auslegung des letzten Willens nicht nur gegen die Absicht und Meinung des Testirers, worauf doch

37) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. VINNIUS Comm. ad §. 1. I. h. t. nr. 1. Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 110. WERNHER lectiss. Commentation. ad Pand. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 3. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1490.

doch bey Fideicommissen [38]), mithin auch, wegen deren Exäquation, bey den Vermächtnissen vorzüglich, und mehr, als auf die Worte selbst, zu sehen sey [39]), sondern auch gegen den teutschen Sprachgebrauch streite, und blos aus dem römischen heut zu Tage nicht mehr geltenden Formularrecht herfließe. Allein es ist eine Regel, daß man Vermächtnisse so vollständig erkläre, als der Wortverstand ausdrückt [40]). Nun aber drückt das teutsche Wort Gut oder Grundstück gewiß eben so gut, als das römische fundus das volle Eigenthum aus, und begreift also auch den Nießbrauch unter sich [41]). Soll nun aber dieser dennoch ausgeschlossen, und einem Andern allein vermacht seyn, so muß es der Testirer deutlich ausdrücken, sonst bleibt es bey dem gemeinen Sprachgebrauche. Ueberhaupt haben die Gesetze den Grundsatz aufgestellt, daß im Zweifel unter dem Vermächtniß einer Sache, sie sey ein fundus oder etwas Anderes, auch der Nießbrauch derselben begriffen sey, und zwar sogar alsdann, wenn auch die Sache nur eine unkörperliche seyn sollte. Folgende Stelle wird uns hiervon vollkommen überzeugen.

*L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* Si tibi decem (millia) legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) ususfructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt, ita ut

38) *L. 16. C. de fideicomm.*

39) *§. 3. I. de legat.*

40) *L. 12. D. de reg. iuris.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. V. cap. 10. nr. 7.

41) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXII. Err. 10.

ut tibi caveam, tempore mortis meae, aut capitis deminutionis restitutum iri. Nam etsi fundus tibi legatus fuisset, et mihi eiusdem fundi ususfructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem: sed partem cum usufructu, partem sine usufructu: et non heredi sed tibi caverem boni viri arbitratu.

Aus diesen Gründen streiten daher auch viele Rechtsgelehrten [42]) für den heutigen Gebrauch jener Vorschrift.

Zuweilen ist es zweifelhaft, ob der Nießbrauch oder das volle Eigenthum der Sache vermacht sey. Dies ist z. B. der Fall, wenn eine Sache zur Benutzung vermacht worden ist. **Galvanus** [43]) glaubt, es sey hierdurch blos der Nießbrauch vermacht. **Voet** [44]) hingegen, und mit ihm die meisten Practiker [45]) wollen vielmehr behaupten, daß in dem bemerkten Falle nach der Analogie der Gesetze

42) *Io.* SCHILTERI Herennius Modestinus Cap. 9. §. 13. CARPZOVII Iurispr. for. P. III. Const. 13. def. 7. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 4. not. 9. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. 6. Specim. CCCLXXXIV. medit. 3. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. IV. Fasc. I. Obs. 603. *Io. Christ.* KNOETZSCHKER Diss. de usu hodierno L. 19. D. de usu et usufr. *Lipsiae* 1793. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 754. Dieser Meinung ist auch Hellfeld §. 1534. verglichen mit Not. y.

43) De Usufructu cap. 23.

44) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

45) S. CARPZOV P. III. Const. 13. Definit. 9. et 10. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. IV. Obs. 38. LEYSER Specim. CCCLXXXIV. medit. 1. und LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 4.

setze [46]) die volle Proprietät der Sache legirt sey, wofern nicht die Benutzung ausdrücklich nud auf die Lebenszeit des Legatars beschränkt worden ist. Die erstere Meinung ist jedoch, wie Hofacker [47]) bemerkt, dem teutschen Sprachgebrauche gemäßer. Ein anderer Fall ist, wenn Jemandem der Nießbrauch einer Sache mit der Bedingung vermacht worden ist, die Sache nach des Legatars Tode einem Dritten zu restituiren. Denn da der Nießbrauch mit dem Tode des Usufructuars ipso iure erlöscht; so ist hier wohl im Zweifel anzunehmen, daß vielmehr die Proprietät cum onere fideicommissi, als der bloße Nießbrauch vermacht sey [48]). Ist der Nießbrauch vermacht, aber dabey zugleich die Befugniß, die Sache zu veräußern, gegeben worden, so kommt es darauf an, ob sie schlechthin, oder nur im Falle der Noth gegeben worden ist. In jenem Falle ist die volle Proprietät als unbedingt vermacht anzunehmen [49]); in dem andern aber ist nur der Nießbrauch unbedingt, die Proprietät hingegen unter der Bedingung legirt worden, wenn ein Nothfall erweislich eintritt [50]).

Sind die jährlichen Früchte eines Gutes vermacht, so ist ein Unterschied zu machen, ob es direct, oder auf eine solche Art geschehen ist, daß sie der Erbe alle Jahr dem Legatar abliefern soll. Im ersten Falle ist es so gut, als

46) *L. 4. D. de aliment. et cibar. legat. L. 8. §. 15. D. de transact.*

47) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1490.

48) VOET c. l.

49) S. REINHARTH Sel. Observat. ad *Christin.* Vol. IV. Obs. 38. pag. 40.

50) VOET ad Pand. h. t. §. 11.

als ob der Nießbrauch selbst vermacht sey [51]). In dem letzten Falle hingegen ist nicht der Nießbrauch selbst vermacht, sondern ein bloßes legatum annuorum redituum vorhanden, welches von jenem ganz verschieden ist [52]). Denn hier bleibt die Sache selbst im Besitz und unter der Disposition des Erben, dem Legatar hingegen steht kein Recht an der Sache zu, sondern dieser hat nur ein persönliches Forderungsrecht an den Erben, vermöge welchen er mit der actione personali ex testamento auf die Auslieferung der von ihm erhobenen Jahresfrüchte klagen kann [53]). Da hier dem Legatar kein dingliches Recht zusteht, so kann er auch nicht hindern, wenn der Erbe die Sache verkauft, wofern nur der Legatar durch Caution gesichert wird, daß er die Früchte der Sache, es sey in Natur, oder im Werthe, alle Jahr richtig erhalte, denn mehr, als diese, kann er nicht verlangen, weil hier der Erbe im Besitz der Sache bleibt, und die Früchte selbst bauet und erhebt, welche er an den Legatar abzugeben hat.

Merk-

51) *L.* 41. *D. de usu et usufr.* Cum ita legatum esset, *fructus annuos fundi Corneliani Publio Mevio do lego*, perinde putat accipiendum esse LABEO, *acsi ususfructus fundi similiter esset legatus*; quia haec mens fuisse testatoris videatur. Add. *L.* 20. *D. h. t.* Man sehe auch NOODT de Usufr. Lib. II. cap. I. *Oper.* T. I. pag. 448.

52) Man sehe HUBERI Praelect. ad Pandect. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. eod. tit. et libr. §. 9. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. I. in fin. pag. 449. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 737. et 738. und Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. Band. Nr. 33. Qu. 1. und 2.

53) *L.* 12. *D. de ann. legat.*

Merkwürdig ist hier die Stelle des Scävola, welcher *L.* 38. *D. de usu et usufr. leg.* sagt: Fundi Aebutiani reditus uxori meae, quoad vivat, dari volo: Quaero an possit tutor heredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat? Respondit, posse. Item quaero, an habitare impune prohiberi possit? Respondit, non esse obstrictum heredem ad habitationem praestandam. Item quaero, an compellendus sit heres reficere praedium? Respondit, si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quaero, quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quae supra responsa essent, intelligi differentiam.

II. Wird der Nießbrauch durch Vertrag gegeben, so führt Paulus [54]) als Beyspiel eines besondern Rechts an, daß der Eigenthümer den Nießbrauch seiner Sache einem Andern gültig concediren könne, wenn er ihn auch selbst nicht hat, sondern ein Dritter noch zur Zeit die Früchte der Sache, als Servitut, zu genießen berechtiget ist. Quod nostrum non est, sagt Paulus, transferemus ad alios: veluti is, qui fundum habet, *quamquam usumfructum non habeat*, tamen usumfructum cedere potest. Offenbar redet hier Paulus von einem solchen Eigenthümer, der den Nießbrauch von seiner Sache nicht hat, sondern blos die Proprietät. Es ist daher ein ganz unrich-

54) *L.* 63. *D. h. t.* Ueber dieses Fragment hat *Franc. Car.* Conradi in Diss. ad Iulii Pauli ex libro singulari de iure singulari reliqua. *Lipsiae* 1728. Nr. II. ausführlich commentirt.

unrichtiger Sinn, den Thomasius [55]) dieser Stelle unterschiebt, wenn er sagt: *Dominum, qui una cum proprietate habet potestatem utendi re sua, quamvis usumfructum, ut servitutem non habeat; posse tamen ad alterum cedendo transferre servitutem ususfructus.* Dieser Erklärung widersprechen auch die Basiliken [56]), in welchen es heißt: Την γαρ χρῆσιν τῦ ἀγρῦ μου, ἣν ἑτέρος ἔχει παραχωρεῖν ἄλλῳ δυνάμαι. i. e. *Nam fundi mei usumfructum, quem alius habet, alii cedere possum* Hätte der Cedent das volle Eigenthum seines Grundstücks gehabt, so wäre unbegreiflich, wie Paulus die Bestellung eines solchen Nießbrauchs habe für ein ius singulare halten können. Das besondere Recht, welches Paulus hier lehren will, besteht also vielmehr darin, daß der Eigenthümer der bloßen Proprietät den ususfructus formalis, ehe er noch geendiget, und mit der Proprietät consolidirt worden ist, schon wieder einem Andern cediren kann; zwar freylich nicht für den gegenwärtigen Augenblick, aber doch auf den Fall der künftigen Consolidation [57]). Nimmt man nun noch überdem an, daß Paulus von einer cessio in iure rede, die zu seinen Zeiten nicht nur üblich, sondern auch erforderlich war, um nach dem Civilrecht das dominium ususfructus zu erwerben [58]); erwägt man ferner, mit welchen Feyerlichkeiten

 eine

55) ad HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. in Schol.

56) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. pag. 260.

57) S. CUJACIUS in Not. poster. ad L. 63. D. h. t. *Greg.* MAJANSII Disputat. iuris civ. Tom. I. Disp. 2. §. 36. GALVANUS de Usufr. Cap. 39. §. 2. pag. 561. und CONRADI Diss. cit. Fragm. II. §. 5. et 6.

58) ULPIAN. *Fragm. Tit. 19. §. 2. et 11.* Man sehe auch S. 66. Not. 80.

eine solche Cession verbunden war [59]): vindicabat enim is, cui cedebatur, addicebat Praetor; so war dies noch ein Grund mehr, den Paulus hatte, diesen Fall als ein Beyspiel eines besondern Rechts in seinem Buche de iure singulari, wie in der Inscription der gedachten Stelle angezeigt wird, aufzuführen. Auf jeden Fall war es indessen eine Abweichung von der Regel: *neminem posse ad alium transferre ius, quod ipse non habet* [60]), und dafür muß diese Verordnung des römischen Rechts auch noch jetzt gelten, wenn gleich, nachdem Justinian das ehemalige ius Quiritium aufgehoben hat, durch die bloße Tradition so gut das ius ususfructus begründet wird, als durch die feyerliche cessio in iure [61]). Hieraus erklärt sich nun auch, was Paulus an einem andern Orte [62]) sagt, der Nießbrauch könne auch ex die constituirt werden. In einem solchen Falle nimmt das ertheilte Nutzungsrecht nicht eher seinen Anfang, als wenn die Zeit erscheint [63]), und eher kann auch nicht mit Wirkung darauf geklagt werden [64]). Eben dies gilt in dem Falle, wenn der Nieß-

brauch

59) S. ULP. cit. loc. §. 10. bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 623.

60) *L. 54. D. de Reg. iuris.*

61) *L. 1. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt. L. 9. §. 1. D. usufruct. quemadm. cav.*

62) *L. 4. D. h. t.*

63) *L. un. §. 1. et 3. D. Quando dies usufr.*

64) *L. un. §. 4. D. cit.* Scaevola ait, agentem ante diem usufructus, *nihil facere:* quamvis alias, qui ante diem agit, *male agit.* Der Ausdruck *nihil facere* soll blos darauf deuten, daß die Klage vergeblich angestellt sey, weil dem Kläger

noch

brauch bedingt ertheilt ist [65]). Hier zieht der Proprietar die Früchte, bis die Bedingung existirt. Man setze daher, es sey dem A. ein Grundstück ohne den Nießbrauch vermacht, dem B. aber der Nießbrauch, jedoch unter einer bestimmten Bedingung. Wem gehört hier der Nießbrauch pendente conditione? Nicht dem Erben, sondern dem Legatar der Proprietät [66]). An diesen fällt auch der Nießbrauch zurück, wenn die Bedingung gar nicht erfüllt wird.

## §. 633.

Rechte des Nießbrauches. 1) In Ansehung des Genusses.

Soviel hiernächst die Rechte der Nutznießung anbetrifft, so können solche theils in Rücksicht des Fruchtgenusses, theils in Ansehung der Disposition betrachtet wer-

 den.

noch gar kein Recht an der Sache zusteht; es kann also auch von keinem Verlust eines Rechts die Rede seyn. *Male agere* hingegen sagt man, wenn der Kläger sein Recht vor der Zeit gerichtlich verfolgt, und in die Strafe der Pluspetition verfällt. In jenem Falle muß der Kläger von richterlichen Amtswegen abgewiesen werden, weil ihm noch gar keine Klage zusteht. In dem letztern aber muß er durch eine Exception des Beklagten zurückgewiesen werden. S. *Detlev.* LANGEBEK in Leges aliquot perdifficiles et nond. satis intellectas novae Annotationes. Cap. 17. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 557. sq.) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. de legatis. P. III. Sect. I. Art. I. Nr. CCLXXIX. not. p. et q. pag. 328. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 984. not. 863.

65) VOET Comm. h. t. §. 5.

66) *L. 4. D. Si usufr. pet.* Fundus detracto usufructu legatus est Titio: et eiusdem fundi usufructus Sempronio sub conditione,

den. Die Rechte, die dem Usufructuar in Ansehung des Genusses zustehen, bestehen im Wesentlichen darin, daß er die Hauptsache und deren Zubehör gebrauchen, und sich alle daraus erzeugten natürlichen, oder durch dieselbe gewonnenen bürgerlichen Früchte (§. 590.) zueignen kann [67]). Es kommt nichts darauf an, von wem die Früchte gesäet oder gepflanzt worden sind [68]). Daher gehören dem Usufructuar auch die zur Zeit des entstandenen Nießbrauchs noch stehenden oder hängenden Früchte. Der Fall kann bey einem legirten Nießbrauch vorkommen, wenn die Früchte zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht abgesondert waren. An diesen kann der Erbe keinen Anspruch machen, wenn sie gleich beym Tode des Testirers schon reif gewesen wären [69]). Anton Faber [70]) geht jedoch offen-

tione, *dixi interim cum proprietate usumfructum esse.* S. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 4. und WESTPHAL c. l. §. 801. not. 717.

67) *L. 7. pr. et §. 1. L. 9. L. 59. §. 1. et 2. D. h. t.*

68) *L. 25. §. 1. D. de usuris.* Ad fructuarium pertinent fructus a quolibet sati.

69) *L. 27. pr. D. h. t.* Si pendentes fructus iam maturos reliquisset testator, fructuarius eos feret, si deprehendisset. *Nam et stantes fructus ad fructuarium pertinent.* Ohne Zweifel sind hier *fructus stantes* eben diejenigen, welche vorher *pendentes* genennt werden. Ein Ausdruck, der öfters in den Gesetzen vorkommt. S. den 8. Th. §. 590. S. 260. Hätte der Erbe die Antretung der Erbschaft absichtlich verzögert, um die Früchte selbst absondern zu können, so muß er sie dennoch dem Usufructuar herausgeben, und ihm überdem allen durch seinen Verzug verursachten Schaden ersetzen. *L. 35. L. 36. §. ult. L. 47. D. h. t. L. 60. pr. D. eodem.* VOET h. t. §. 28. Wegen der

Früch-

offenbar zu weit, wenn er dem Legatar auch die zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorräthigen, wenn gleich schon von dem nutznießlichen Grundstück abgesonderten Früchte zuspricht.

In Absicht auf die Zubehörungen der nutznießlichen Sache ist zu bemerken, daß der Usufructuar hier fast mehr Rechte hat, als der, welchem das Grundstück selbst vermacht worden ist. Denn letzter erhält weder das Wirthschaftsinventarium, noch den Hausrath, wenn es nicht bey dem Vermächtniß besonders erwähnt worden ist [71]). Wenn hingegen der Nießbrauch von einem Landgute, oder Hause vermacht worden ist, so kann der Usufructuar auch, ohne besondere Erwähnung, die zum Wirthschafts- oder Hausinventarium gehörigen Stücke und Geräthschaften, so wie den Hausrath benutzen [72]). Nur in Ansehung der natür-

 lichen

Früchte, die der Usufructuar beym Anfang des Nießbrauchs schon zur Erndte reif findet, darf er in der Regel nichts vergüten. Im Gegentheil kann zuweilen der Usufructuar Kostenersatz verlangen. Z. B. der Testirer hat seinem Pächter den Nießbrauch des Pachtgutes vermacht. Hier bezahlt der Pächter nicht nur vom Todestage des Erblassers an, keinen Pachtzins mehr, sondern er kann auch wegen der zu dieser Zeit noch stehenden Früchte Ersatz der Kulturkosten verlangen. *L. 34. §. 1. D. h. t.* S. WESTPHAL cit. lib. §. 638. not. 568. pag. 420.

70) Rational. ad L. 27. pr. D. h. t. Man sehe dagegen WESTPHAL c. l. §. 644. not. 573. b.

71) *L. 14. D. de supellect. leg.*

72) *L. 9. §. 7. et L. 15. §. 6. D. h. t.* — Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus con-

lichen Accessionen eines Grundstücks machen die Gesetze[73]) einen Unterschied, ob der Zuwachs ein solcher ist, der sich nach

contineri. Zum *Instrumento fundi* gehören nach *L. 8. pr. D. de instructo vel instrum. leg.* alle zur Einsammlung, Bearbeitung und Aufbewahrung der Früchte gehörigen Geräthschaften, nebst dem dazu erforderlichen Vieh und Geschirr. *L. 9. L. 12. §. 1. L. 25. pr. D. eod.* Was zu einem Haus-Inventarium gehört, bestimmt *L. 12. §. 16. D. eod.* Davon ist der Hausrath (Supellex) unterschieden. Vid. Tit. *de supellectile legata.* S. VOET h. t. §. 21. und NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 7. Warum es beym legato ususfructus anders als beym legato fundi sey, erklärt sich ganz natürlich so. Der Nießbrauch ist nur auf die Lebenszeit des Usufructuars beschränkt. Er kann sich also heut oder morgen endigen. Wie lästig würde es nun nicht für den Nutznießer seyn, wenn er zur Ausübung eines Rechts, welches von so ungewisser Dauer ist, die dazu erforderlichen Geräthschaften erst anschaffen müßte, die doch schon bey dem Gute sind, und von denen doch der Proprietar während der Nutznießungszeit keinen Gebrauch machen kann? Deswegen sagt Ulpian *L. 15. §. 6. cit.* Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat. Bey dem legato fundi verhält sich nun aber freylich die Sache ganz anders. S. WESTPHAL c. l. §. 640. not. 570.

73) *L. 9. §. 4. D. h. t.* Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit tractari: et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit: eius usumfructum ad fructuarium non pertinere, *Pegasus* scribit, licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cuius ususfructus ad te non pertineat, quae sententia non est sine ratione. Nam ubi latitet incrementum, et ususfructus augetur, ubi autem apparet, separatum fructuario non accedit. Diesem ist Paulus nicht entgegen,

wenn

nach und nach an das Grundstück ansetzt, und mit demselben so verbunden ist, daß er sich von der Hauptsache nicht unterscheiden läßt (*incrementum latens*), oder ob er davon abgesondert und unterschieden ist (*incrementum patens*, s. *apparens*). Nur im ersten Falle hat der Usufructuar die Nutzung von diesem Zuwachs. Z. B. wenn das nutznießliche Grundstück durch Alluvion vergrößert worden ist. In dem letztern Falle hingegen, wenn z. B. eine Insel auf dem Fluße entsteht, welche der Proprietät zuwächst, hat der Usufructuar kein Recht daran. Wenn das zum Nießbrauch vermachte Grundstück gegen andere benachbarte Grundstücke Servituten hat; so kann der Usufructuar auch diese ausüben, und wegen Stöhrung selbst gerichtlich darauf klagen[74]). Ja es ist sogar der Erbe schuldig, wenn der Usufructuar den ihm vermachten Nießbrauch nicht anders, als mittelst einer Servitut, auszuüben im Stande ist, ihm dieselbe einzuräumen[75]). Da bey dem gegebenen Nießbrauch eines Grundstücks sich der Ususfructus auf alle Theile desselben erstreckt, so hat es keinen Zweifel, daß auch die Jagd, die Fischerey und der Vogelfang mit dar-

unter

wenn er Lib. III. *Sententiar.* Tit. 6. §. 22. sagt: *Accessio alluvionum ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet.* Denn Paulus redet hier von der Proprietät, nicht von der Benutzung der Accession. S. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 6. in fin. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 7. Tom. II. pag. 24. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. V. cap. 18. und *Henr. Th.* PAGENSTECHER Iur. Pegasian. pag. 29.

74) *L. 1. pr. D. Si usufr. pet.* *Ger.* NOODT Lib. I. cap. 6. pr.

75) *L. 1. §. 2. 3. et 4. D. Si usufr. pet.*

unter begriffen sey, so weit sie nämlich zu dem Ertrag des Gutes gehören, und als fructus betrachtet werden können. Hierher gehört, wenn **Ulpian** [76]) sagt: Aucupiorum quoque et venationum reditum, CASSIUS ait *lib.* 8. *Iuris civilis*, ad fructuarium pertinere. Ergo et piscationum. Eigentlich gehören die wilden Thiere nicht zu den Früchten des Gutes, sondern es sind res nullius, die nach dem römischen Rechte jedem sowohl auf seinem als fremden Eigenthum einzufangen oder zu erlegen erlaubt ist [77]). Nun kann zwar, wie **Tryphonin** [78]) sagt, der Usufructuar auf den zum nutznießlichen Gute gehörigen Feldern, Bergen, und in den Wäldern ohne Zweifel jagen. Allein was er fängt, gehört ihm nicht sowohl vermöge des Nutzungsrechts, als vielmehr vermöge der Occupation zu. Daher hat auch der Proprietar, und jeder andere, dem das Jagen nicht verboten ist, das nämliche Recht, welches ihm nicht gehörte, wenn die auf dem nutznießlichen Gute herumschweifenden wilden Thiere als Früchte desselben zu betrachten wären [79]). Allein man setze, der Proprietar hätte vor der Ertheilung des Nießbrauchs die Jagd oder die Fischerey auf dem Gute verpachtet, oder der Usufructuar hätte es selbst gethan, so gehört diese Revenüe dem Usufructuar, und der Proprietar kann, solang der Nießbrauch dauert, den Pachtzins dafür nicht verlangen. Darauf gehen die oben aus **Ulpian** angeführten Worte: Venationum, piscationum, aucupiorum *reditum* ad fructu-

76) *L. 9. §. 5. D. h. t.*

77) *§. 12. I. de rer. divis.*

78) *L. 62. pr. D. h. t.*

79) S. WESTPHAL cit. libr. §. 656.

fructuarium pertinere, wie sie auch Toullieu [80]) ganz richtig erklärt. Hierauf zielen auch die Worte bey Julian [81]), welcher mit Minicius läugnet, daß die Jagd zu den Früchten des Gutes gehöre, nisi fructus fundi ex venatione constet. Zwar ist hier eigentlich nicht von dem Rechte eines Usufructuars die Rede, denn Julian handelte *libro 6. ex Minicio* von den Früchten, die bey der Reivindication der malae fidei possessor dem Eigenthümer vergüten muß [82]). Allein da auch der m. f. possessor das gefangene oder erlegte Wild nicht restituirt, sondern das Eigenthum davon iure occupationis erwirbt; so kann auch bey der Eigenthumsklage von einer Vergütung der gezogenen Jagdnutzung nur insofern die Rede seyn, als sie in einem reinen Ertrage des Guts besteht [83]). Sind Thiergärten (vivarii), Taubenschläge, oder Fischdeiche auf dem nutznießlichen Gute; so hat zwar der Usufructuar auch davon den Nutzen, allein er muß von jeder Art und Gattung soviel Stück am Ende restituiren, als er beym Anfange seines Nießbrauchs gefunden hat [84]). Im Betreff der

80) *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diff. IV. Cap. 7. p. 204.

81) *L. 26. D. de usuris et fructib.*

82) Es erhellet dieses aus *L. 59. et 60. D. de rei vindicat.* welche aus dem nämlichen *lib. Iuliani sexto ex Minicio* genommen sind.

83) de COCCEJI iure civ. controv. h. t. Qu. II. hat die *L. 26. D. de usur.* ganz falsch verstanden. Man sehe EMMINGHAUS ad Eundem not. r. Tom. II. pag. 10. sq.

84) *L. 62. §. 1. D. h. t.* Si vivariis incluſae ferae in ea possessione custodiebantur, quando ususfructus coepit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? — Sufficit, *eundem*

der Holznutzungen ist ein Unterschied, ob der Nießbrauch nur überhaupt an dem Fundus, bey welchem ein Wald befindlich ist, oder ob namentlich der Nießbrauch von

*dem numerum per singula quoque genera ferarum finito usufructu domino proprietatis adsignare, qui fuit coepti ususfructus tempore.* Der römische Jurist hat hier die aufgeworfene Frage nur implicite beantwortet. Man sieht aus den letztern Worten, daß seine Meinung dahin geht, nach dem strengen Recht gehöre das Eigenthum dieser Thiere zwar dem Proprietar, allein in sofern sich anders kein Gebrauch davon machen läßt, als durch Consumtion derselben, so kann er das Vivarium auch dazu benutzen, wenn er nur die aufgezehrten durch soviel andere Stück ersetzt, als er gefunden hat. Die Glosse erklärt das *exercere feras* durch ludere cum feris. Eben so *Ant. Dad.* ALTESERRA ad Tryphonini lib. 7. Disputat. L. 62. cit. wo er sagt: *Feras exercere* est *eas duntaxat agitare delectationis causa.* Allein daß diese Erklärung ganz falsch sey, hat *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 7. ganz deutlich gezeigt. Jedoch behauptet Noodt, der Usufructuar dürfe keine Thiere aus dem vivario tödten, sondern er könne sie nur ad reditum et quaestum gebrauchen, weil das Eigenthum dem Proprietar gehöre. *L. 3. §. 14. D. de acquir. vel amitt. possess.* Nur dann, wenn der Usufructuar selbst Thiere eingefangen, und sie darzu gethan hat, könne er, wenn sie nachher nicht mehr von denen des Proprietars unterschieden werden könnten, das eine, wie das andere tödten. Für diese Erklärung spricht zwar der von Tryphonin angeführte Grund: *ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem ius incertum sit.* Allein daß außerdem der Usufructuar auch Thiere aus dem Vivario tödten kann, wenn sie durch andere von gleicher Art ersetzt werden können, und der Nutzen derselben blos in deren Consumtion besteht, ist dem Geist des Gesetzes nicht entgegen, wie auch WESTPHAL c. l. §. 658. not. 583. und VOET in Comm. h. t. §. 23. bemerkt haben.

von einem Walde oder Forst ist eingeräumt worden. In jenem Falle darf der Usufructuar aus dem Forste nur so viel Holz schlagen, als er zum Nutzen des Grundstücks nothwendig braucht. Allein es ist ihm nicht erlaubt, Holz aus dem Forst zu verkaufen, oder auch zu verbrennen, in sofern es zum Bau, oder andern Bedürfnissen des Grundstücks gebraucht werden kann. In dem letztern Falle hingegen ist ihm der ordentliche Holzschlag zuständig, so wie ihn jeder guter Wirth forstmäßig benutzt. Der Usufructuar darf daher sowohl zum Verbrennen als zum Verkauf Holz fällen, wenn gleich der Testirer, welcher den Nießbrauch vermacht hat, kein Holz zu verkaufen pflegte. Hierher gehört die merkwürdige Stelle aus Ulpian *L.* 9. §. 7. *D. h. t.* wo es heißt: Instrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam etsi fundi ususfructus fuerit legatus, et sit ager [85]), unde palo in fundum, cuius ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice vel arundine, *puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat:* nisi forte salicti (Weidenplatz) ei, vel sylvae palaris (schlagbarer Wald), vel arundineti (Schilfrohrbruch) ususfructus sit legatus. Nam et TREBATIUS scribit, *sylvam caeduam, et arundinetum posse fructuarium caedere, et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti.* Ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi. Es ist indessen auch selbst bey dem Nießbrauch einer Waldung ein grosser Unterschied, ob sie zum Holzschlag bestimmt ist, oder

85) *Ager* heißt hier ein solcher Platz, der mit Bäumen bepflanzt oder mit Schilfrohr bewachsen ist. *L.* 9. §. 6. *L.* 18. *D. h. t.* S. ISIDORUS *Origin.* Lib. XV. cap. 13.

oder nicht. Nur in dem ersten Falle, wenn die Holzung eine *sylva caedua* ist, darf der Usufructuar dieselbe ordentlich behauen, und das Holz verbrennen, oder zu Weinpfählen, Hopfenstangen, und andern Wirthschaftsbedürfnissen anwenden, auch was er nicht selbst braucht, an andere verkaufen [86]). Ist aber der Wald keine sylva caedua, so ist er entweder *palaris* oder *pascua*. In jenem Falle darf der Usufructuar nur das zu Zaun- und Weinpfählen oder Hopfen- und Bohnenstangen in seiner Wirthschaft nöthige Holz schlagen, und zwar nur nachwachsendes Holz, aber keine grossen Bäume darf er dazu nehmen [87]). In dem letztern Falle aber kann er gar kein Holz schlagen, sondern darf nur den Wald zur Viehweide nutzen [88]). Windbrüche und Fallholz kann sich der Usufructuar, der die Holznutzung hat, nur in so weit zueignen, als er diese Bäume selbst hätte umhauen dürfen, wenn sie nicht vom Winde

86) *L. 10. D. h. t.* Ex sylva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumturum. *L. 30. D. de Verb. Signif.* Sylva caedua est, quae in hoc habetur, ut caederetur. *Servius* eam esse, quae succisa, rursus ex stirpibus, ac radicibus renascitur. In den *Basilic.* Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. pag. 247. heißt es: Sylva, quae in hoc habetur, ut ligna inde comburantur, (καυσίμη).

87) *L. 10. cit.* Ex non caedua in vineam sumturum, dum ne fundum deteriorem faciat. *L. 11. D. eodem.* Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere. SYLVA PALARIS ist also, wie *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 26. nr. 6. sagt, *ex qua pali ac pedamenta ad fulciendas ac sustinendas vites succiduntur.*

88) S. *Iac.* CUJACII Observat. Lib. XXIV. cap. 5.

Winde wären umgerissen worden [89]). Sonst gehören sie dem Proprietar, welcher sie auch in Zeiten wegräumen lassen muß, damit der Nießbrauch nicht dadurch behindert werde [90]).

In Ansehung der Stein- und Metallgruben ist zu bemerken, daß der Nutznießer nicht nur diejenigen, welche er auf dem fundo fructuario bereits eröfnet findet, ferner zu seinem Vortheil bearbeiten, und sich die Ausbeute, auch der Substanz nach, zueignen kann [91]), sondern er darf auch neue Gruben eröfnen, sofern durch Anlegung der-

89) *L. 12. pr. D. h. t.* Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum, et villae posse usufructuarium ferre, *Labeo* ait: nec materia (Holz, was zum Bauen gebraucht werden kann) pro ligno (Brennholz) usurum, si habeat, unde utatur ligno. Quam sententiam puto veram: alioquin, et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius. Materiam tamen ipsam succidere, quantum ad villae refectionem, putat posse. Der Usufructuar kann also die Windbrüche nur zu seinem und des Landgutes Gebrauch, oder des letztern Reparatur benutzen. Ausser diesem Bedürfniß gehören sie dem Proprietar, wie auch aus *L. 7. §. 12. D. Soluto matrim.* erhellet, wo es heißt: Sed et si vi tempestatis ceciderunt arbores, dici oportet, pretium earum restituendum mulieri, *nec in fructum cedere.* S. VOET h. t. §. 22. und WESTPHAL §. 652.

90) *L. 19. §. 1. D. eod.* Si arbores vento dejectas dominus non tollat, per quod incommodior sit ususfructus, vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiundum. WESTPHAL §. 653.

91) *L. 7. §. 13. et 14. D. Soluto matr. L. 9. §. 2. et 3. D. de usufr.* de COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 12.

derselben das Grundstück nicht verschlimmert wird[92]). Ob er sich aber auch hier das Mineral selbst der Substanz nach zueignen könne, oder nur die Zinsen des Werths oder der Ausbeute zu genießen habe, ist streitig. Viele[93]) unterscheiden, ob das Mineral nachwächst, oder nicht, und sprechen dem Nutznießer im ersten Fall die Ausbeute selbst, in den letztern aber nur die Zinsen davon zu. Andere[94]) hingegen nehmen diesen Unterschied nur bey Steingruben an, bey Metallgruben hingegen gehöre die Ausbeute ohne Unterschied dem Usufructuar. Nach andere[95]) unterscheiden gar nicht, sondern rechnen das gewonnene Mineral schlechthin zu den Früchten; und deren Meinung verdient allerdings nach dem gemeinen Rechte[96]) den Vorzug, weil die Gesetze keinen Unterschied machen[97]), und überdem

92) *L. 13. §. 5. D. h. t.* — Proinde venas quoque lapidicinarum, et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argenti et sulphuris, et aeris et ferri, et caeterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Siehe oben §. 620. S. 10. ff.

93) VOET h. t. §. 24. WESTPHAL §. 659. MALBLANC Dig. h. t. §. 423.

94) de COCCEJI c. l. Tom. II. pag. 12.

95) EISENHART de regali metallifodinarum iure Cap. IV. §. 17. NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 6. LEYSER ad Pandect. Specim. CVI. medit. 6. Vol. 2. pag. 427. HAHN ad *Wesenbec.* h. t. nr. V. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 15.

96) In Sachsen ist es anders. S. de BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 6.

97) *L. 7. §. 14. D. Soluto matrim.* Si cretifodinae, argentifodinae, vel auri vel cuius alterius materiae sint, vel arenae, utique in fructu habebuntur.

dem nach der Bemerkung unserer Naturforscher alles Mineral nachwächst[98]). Ich bemerke noch, daß auch diejenigen Einkünfte, welche der Proprietar wegen des zur Nutznießung eingeräumten Gutes, an Zinsen, Canon, Laudemien, und andern Gefällen zu beziehen pflegte, so wie nicht minder heut zu Tage die Einkünfte der bey dem Gute befindlichen Gerichtsbarkeit dem Usufructuar gehören[99]).

Dahingegen kann der Usufructuar keinen Gewinn verlangen, welcher der Sache zuwächst (accessio), und keine Frucht ist. Er erhält folglich nicht den Schatz, den er auf dem nutznießlichen Gute findet[100]). Ulpian[1]) sagt ausdrücklich: si thesaurus fuerit inventus, *in fructum non computabitur*. Zwar gehört ihm als Finder die Hälfte davon, allein die andere Hälfte ist er dem Proprietar heraus-

98) Man vergleiche Löhneiß vom Bergwerk. 1. Th. S. 18. ff. *Io. Ge.* HOFFMANN Disp. de matricibus metallorum. Cap. I. §. 14. sq. et Cap. II. Lorenz Crell chemische Annalen. 1. Band S. 264. und besonders Fr. V. H. von Trebra Erfahrungen vom Innern der Gebirge. (Dessau u. Leipzig 1785.) 3. Brief. Ueberdem noch unter den Juristen *Abrah.* KAESTNER Diss. de usufructu partium metallicarum. *Lipsiae* 1744. §. 10. et 11. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. cit. loc. not. t. pag. 12.

99) VOET h. t. §. 27. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1117.

100) S. GALVANUS de Usufr. Cap. 30. §. 8. pag. 382. edit. *Tubing.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. *Ge. Steph.* WIESAND Opuscul. iurid. (*Lipsiae* 1782. 8.) Specim. I. Obs. 3. pag. 5. sqq.

1) *L. 7. §. 14. D. Soluto matrim.*

auszugeben schuldig, eben so als wenn der Schatz auf jedem andern fremden Grunde wäre gefunden worden. *Pars eius dimidia restituetur*, sagt **Ulpian**, *quasi in alieno inventi.* Als Fructuar hat hier also der Finder gar keinen Antheil an dem gefundenen Schatze.

Bey den Römern war der Fall nicht ungewöhnlich, daß der Nießbrauch von einem Sklaven Jemandem durch Vertrag oder letzten Willen gegeben wurde, weil man die Sklaven zu den Sachen zählte, und sie in Absicht auf den Verkehr, den man mit ihnen trieb, dem Viehe gleichachtete [2]). Wenn nun die res usufructuaria eine Sklavin war, und diese während der Nutznießungszeit ein Kind gebar, so erstreckte sich das Recht des Usufructuars nicht auf diesen Partus. Unter den ältern römischen Rechtsgelehrten war zwar die Frage, ob nicht der Nutznießer sich das Sklavenkind als fructus zueignen könne, streitig. **P. Scävola** und **M. Manilius** behaupteten dieses wirklich, wie uns **Cicero** [3]) erzählt. Allein schon **M. Brutus** wich von dieser Meinung ab, und sprach das Sklavenkind dem Proprietar zu. Diese Meinung ward auch nach der Bemerkung **Ulpians** [4]) in den Gerichten angenommen,

2) *L. 2. §. 2. D. ad Leg. Aquil. L. 38. §. 2. et sqq. D. de aedilit. Edicto.*

3) *De finib. bonor. et malor.* Lib. I. cap. 4.

4) *L. 68. pr. D. h. t.* Vetus fuit quaestio, *an partus ad fructuarium pertineret?* Sed BRUTI sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere. Neque enim in fructu hominis homo esse potest. Hac ratione nec usumfructum in eo fructuarius habebit.

men, und von Justinian [5]) bestätiget. Nach der Natur der Sache hätte zwar freylich das Sklavenkind dem Usufructuar eben so gut gehört, als die Jungen eines nutznießlichen Thiers [6]). In dieser Hinsicht hatten gewiß Scävola und Manilius sehr consequent geurtheilt, deren Meinung auch von dieser Seite Georg D'Arnaud [7]) vertheidiget. Allein juristisch hatten sie Unrecht, das heißt, zu Folge gesetzlicher Verfügungen durfte dennoch das Sklavenkind nicht nach den Grundsätzen von fructus beurtheilt werden [8]). So ist Justinian zu verstehen, wenn er sagt: In pecudum fructu etiam foetus est, sicuti lac, pilus, et lana. Itaque agni, hoedi et vituli, et equli, et suculi statim naturali iure dominii fructuarii sunt. *Partus vero ancillae in fructu non est*; itaque ad dominum proprietatis pertinet, wie auch Konopak [9]) ganz richtig bemerkt. Die ganze Stelle ist, so wie sie lautet, aus Cajus entlehnt, und steht auch wörtlich *L.* 28. *D. de usuris et fruct.* [10]). Der Grund,



5) §. 37. *I. de rer. divis.*

6) Oft werden auch wirklich fructus und partus ancillarum in eine Classe gesetzt. *L.* 39. §. 1. *L.* 91. §. *ult. D. de legat. I. L.* 24. §. 1. *D. ad Leg. Falcid.*

7) Vitae Scaevolar. Dissertat. postuma, edita, adjectis observationib. a *Henr. Io.* ARNTZENIO. (*Trajecti ad Rhen.* 1767. 8.) §. 18. pag. 50.

8) Man sehe des 8. Theils 1. Abschn. §. 590. S. 255. wo der Begriff von fructus aus dem römischen Recht erklärt ist.

9) Institutionen des Röm. Rechts §. 283. Not. l. S. 203.

10) Diesem ist nicht entgegen, wenn Celsus sagt *L.* 63. *D. de legat. I.* Si ancillas omnes, et quod ex his natum erit, testa-

tor

welcher in beyden Stellen fast gleichlautend angeführt wird: *Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit,* leuchtet zwar nicht allen ein, und ist daher von mehreren Rechtsgelehrten [11]) verworfen worden; welche vielmehr den Grund darin setzen wollen, weil man eine Sklavin nicht zum Kindergebähren, sondern zur Arbeit anzuschaffen pflege; obgleich auch dieser Grund vielen nicht gefällt, und von **Janus a Costa** [12]) eine ratio nive gallica frigidior genennt wird. Daher **Cornelius van Bynkershöck** [13]) einen andern Grund anführt, nämlich den, daß ein Sklavenkind gar nicht die Eigenschaft eines fructus habe, welche darin besteht, daß man die Frucht consumiren kann.

Dem

tor legaverit, una mortua SERVIUS partum eius negat deberi, quia accessionis loco legatus sit, quod falsum puto, et nec verbis, nec voluntati defuncti accommodata haec sententia est. Celsus läugnet keinesweges, daß Sklavenkinder, als eine Accessio, dem Eigenthumsherrn gehörten. Er tadelt nur den Servius, daß er davon eine unrichtige Anwendung in einem Falle gemacht habe, wo die Sklavin und ihre Leibesfrucht als zwey Hauptsachen vermacht worden, von denen also die eine, wenn sie auch gleich sonst nur accessio ist, doch dem Willen des Erblassers gemäß, immer noch als Hauptsache gefordert werden konnte. S. *Christ. Gottl.* GMELIN Diss. de diversis partus ancillae et fetus pecoris iuribus. *Tub.* 1778. §. 3.

11) S. VINNIUS in Comm. ad §. 37. I. de rer. divis. nr. 1. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 25. et Lib. X. cap. 8. *Greg.* MAJANSIUS ad triginta ICtorum fragmenta Tom. I. pag. 130.

12) Commentar. ad §. 37. Instit. cit.

13) Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 7. (Tom. II. pag. 23. edit. *Heineccian.*)

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist wenigstens nicht zu läugnen, daß der von **Justinian** aus dem Cajus entlehnte Grund ursprünglich von den Stoikern herrührt, deren Lehrsätzen die römischen Juristen sehr ergeben waren, wie **Galvanus** [14]), **Merillius** [15]) und **Walch** [16]) mit vieler Gelehrsamkeit gezeigt haben. Der Grund beweist übrigens, daß **Everhard Otto** [17]) Unrecht hat, wenn er behauptet, daß der partus ancillae nur nicht in Ansehung des Usufructuars, wohl aber in Ansehung eines bonae fidei possessoris als ein fructus angesehen werden könne, welchen **Gmelin** [18]) gründlich widerlegt hat.

## §. 634.

### Rechte des Usufructuars in Absicht auf bürgerliche Früchte. Cession des Ususfructs.

Der Usufructuar zieht also alle Früchte der Sache, und kann sich insonderheit auch die durch die Sache gewonnenen bürgerlichen Früchte (§. 590.) zueignen. Er kann daher

1) die nutznießliche Sache verpachten oder vermiethen, und den jährlichen Pachtzins oder Miethgeld dafür erheben, sofern nämlich die Sache so beschaffen ist, daß sie jeder ordentliche Mensch unter diesen Umständen ver-

 pachtet

14) De Usufructu. Cap. 29. §. 3. pag. 356. edit. *Tubing.*

15) Observation. Lib. I. cap. 12.

16) Ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris Lib. I. §. 139. pag. 239. sqq.

17) Commentar. ad §. 37. I. de rer. divis.

18) Diss. cit. de div. partus ancillae et fetus pecor. iurib. §. 3. 4. et sqq.

pachtet oder vermiethet hätte; gesetzt auch, daß der Erblasser, welcher den Nießbrauch vermacht hat, sie nie zu verpachten oder zu vermiethen pflegte. Es muß auch der Nutznießer dahin sehen, daß durch die Vermiethung weder die nutznießliche Sache Schaden leide, noch der Wohlstand dadurch verletzt, und der gute Name des Proprietars dadurch beschimpft werde. Hierher gehören folgende Stellen.

*L.* 12 §. 2. *D. h. t.* Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel *locare* potest.

*L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Si dominus solitus fuit tabernis ad mercedes suas uti, vel ad negotiationem, utique permittetur fructuario locare eas et ad alias merces; et illud solum observandum, ne vel abutatur usufructuarius, vel contumeliose iniurioseve utatur usufructu.

Die letztern Worte dieser Stelle zielen darauf, daß der Usufructuar das ihm zur Nutznießung eingeräumte Haus weder selbst zum Bordel mache, noch zu einem solchen Zweck vermiethe.

*L.* 15. § 4. *et* 5. *D. h. t.* Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur, *nec tamen locaturum: quia vir bonus ita non uteretur.* (Hier ist der Kleidernießbrauch für einen wahren Nießbrauch erklärt, und verordnet, daß zwar der Usufructuar die Kleider ordnungsmäßig gebrauchen, aber nicht vermiethen dürfe, weil kein guter Wirth seine Kleider

der zu vermiethen pflegt [19]). Bey Masken und theatralischen oder Trauerkleidern ist es anders. Proinde, sagt §. 5. et si *scenicae* vestis ususfructus legetur vel alterius apparatus: alibi, quam in scena, non utetur. Sed an et locare possit, videndum est? *et puto locaturum*: et licet testator commodare, non locare fuerit solitus, *tamen ipsum fructuarium locaturum, tam scenicam, quam funebrem vestem.*

Auch sogar an den Proprietar selbst kann der fundus fructuarius verpachtet werden, welcher nun den Nießbrauch auf den Namen des Usufructuars ausübt, und, wie ein anderer Pächter, das Pachtgeld zahlt [20]).

Sollte das nutznießliche Gut zur Zeit des entstandenen Nutznießungsrechts verpachtet seyn, so gehören dem Usufructuar auch die laufenden Pachtgelder, wenn selbige nicht ausdrücklich dem Eigenthümer vorbehalten sind. Es hebt jedoch das Nutzungsrecht, eben so wie der Kauf, sofern nicht ein Anderes ist festgesetzt worden, die Pachtung auf, wie folgende Stelle beweist.

*L* 59. §. 1. *D. h. t.* Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet: *pensiones quoque iam antea locatorum agrorum*, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditionis [21]), nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.



19) S. WESTPHAL c. l. §. 710. not. a.

20) *L.* 29. *pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

21) *L. 9. Cod. de locato.* S. WESTPHAL c. l. §. 645. not. 573.

2) Der Usufructuar kann ferner, als solcher, wenn ihm ein Grundstück, z. B. ein Haus, zur Nutznießung vermacht worden ist, und der Nachbar ein baufälliges Haus besitzt, aus dessen Einsturz für das nutznießliche Gebäude ein Schade zu besorgen ist; nicht nur wegen Ersetzung desselben die cautio damni infecti, und bey deren Verweigerung eine Einweisung in den Besitz des nachbarlichen Hauses fordern; sondern es bleibt auch das durch die prätorische Mission erworbene Eigenthum, eben so wie das an andern percipirten Früchten, fortdauernd und unwiederruflich, wenn gleich der Nießbrauch nachher sich endiget. Hierher gehört *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* wo **Ulpian** sagt: Rei soli, utputa aedium, usufructu legato, quicunque reditus est, ad usufructuarium pertinet, quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis, et caeteris, quaecunque aedium sunt. *Unde etiam missi eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit*, et *iure dominii* possessurum eas aedes, si perseveretur non caveri, *nec quidquam amittere finito usufructu*, oder wie es in den Basiliken [22]) heißt: Καὶ οὐκ ἀπόλλυσι τὴν δεσποτείαν φθειρομένης τῆς χρήσεως, i. e. nec dominium amittit, exstincto usufructu.

3) Der Usufructuar kann auch den usumfructum verpfänden, und sich dadurch Credit verschaffen. In dieser Hinsicht wird die Verpfändung der Sache zu den fructibus gerechnet [23]). Es ist auch dazu nicht einmal die Einwilligung des Proprietars erforderlich. Es gilt denn aber frey-

22) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. pag. 246.

23) *L.* 72. *D. de div. reg. iuris.* Fructus rei est vel pignori dare licere.

freylich die Verpfändung länger nicht, als so lang das Recht des Usufructuars dauert; der Gläubiger kann auch nur aus den Früchten seine Befriedigung erhalten [24]). Endlich

4) kann auch der Usufructuar die Ausübung seines Nießbrauchs einem Andern durch Kauf, Schenkung oder precario überlassen [25]). Das Recht selbst aber kann er Niemandem, als dem Proprietar, cediren [26]). Denn das Recht der Nutznießung ist an seine Person gebunden, und folglich unveräußerlich [27]). Es hat daher die Veräußerung des Nießbrauchs durch Verkauf oder Schenkung im Wesentlichen keine andere Wirkung, als eine bloße Verpachtung. Denn es entsteht daraus ein blos persönliches Recht gegen den Usufructuar, und nur die Form dieser obligatio ist verschieden [28]). Die Folge dieses Satzes ist, daß, wenn auch der Besitz der Sache auf den Käufer oder Donatar übertragen wird, dennoch das Recht des usus-fructus ungeändert bey dem Usufructuar verbleibt [29]), und wenn das Recht des Nutznießers aufhört, der ususfructus an den Proprietar zurückkehrt, als wenn kein Kauf noch Schenkung geschehen wäre. Eben deswegen, weil aus einer

24) *L. 11. §. 2. D. de pignorib.* S. Westphals Pfandrecht §. 140.

25) *§. 1. I. de usu et habitat. L. 12. §. 2. D. de usufr. L. 8. §. 2. D. de peric. et commod. rei vendit. L. 13. C. de usufr.*

26) *§. 3. I. h. t.*

27) *L. 3. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amitt. L. 4. D. de novat.*

28) von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 44.

29) *L. 38. 39. et 40. D. h. t. L. 66. D. de iure dot.*

einer solchen Ueberlassung der Nutznießung an Andere dem Proprietar kein Nachtheil erwächst, kann sie sogar gegen den Willen des Proprietars geschehen. Julian sagt ausdrücklich *L.* 67. *D. h. t.* Cui ususfructus legatus est, etiam *invito herede* eum extraneo vendere potest. Nur sein dingliches Recht kann er keinem andern, als dem Proprietar durch Cession abtreten, sonst ist die Abtretung ungültig.. Hierher gehört die so sehr bestrittene Stelle der Institutionen §. 3. *de usufructu*, wo Justinian sagt: Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (*nam cedendo extraneo nihil agitur*). Man ist hier über die Erklärung der letztern Worte nicht einig. Johann van de Water [30]) glaubt nicht, daß sie den Sinn haben, als ob die einem Andern, als dem Proprietar, geschehene Cession des Nutznießungsrechts, ganz ohne Wirkung sey. Denn Justinian gebe in der angeführten Stelle nur die verschiedenen Arten an, wie der Nießbrauch aufhört, und gedenke zuletzt auch der Consolidation; diese geschehe, wenn der Nutznießer sein Recht dem Proprietar cedirt, keinesweges aber finde eine solche Consolidation Statt, wenn der Nießbrauch einem extraneus, d. i. einem solchen, der nicht der Proprietar ist, cedirt wird. Dies sey der Sinn der Worte: *nam cedendo extraneo nihil agitur*, i. e. nulla potest hic locum habere consolidatio. Diese Worte hätten also blos ihre Beziehung auf den Proprietar. Auf Seiten des extraneus sey die Cession nicht ohne Wirkung. Dieser könne allerdings ein Recht aus der ihm geschehenen Cession erlangen, denn Justinian sage ja selbst an einem andern Orte

30) Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 11.

Orte seiner Institutionen §. 1. *I. de usu et habitat.* der Usufructuar könne *ius, quod habet*, alii aut locare, aut *vendere*, aut gratis concedere. Nun sey die Cession vom Kauf nicht mehr unterschieden, nachdem Justinian den Unterschied zwischen dem dominio quiritario und bonitario aufgehoben hat. Ja daß selbst nach dem ältern Rechte der Usufructuar sein Recht einem extraneo habe cediren können, beweise eine Stelle aus Ulpians Fragmenten unwidersprechlich, in welcher *Tit.* 19. *Fragment.* §. 10. und 11. gesagt werde: In iure cedit dominus; vindicat is, cui ceditur; addicit Praetor. *In iure cedi res etiam incorporales possunt*, veluti *ususfructus*, et hereditas, et tutela legitima, et libertas. Allein, daß aller dieser Gründe ungeachtet, diese Erklärung dennoch offenbar unrichtig sey, läßt sich sehr leicht darthun. Theophilus, welcher, als Mitarbeiter am Text der Institutionen, gewiß auch der beste Ausleger derselben ist, erklärt das *nihil agere* in seiner griechischen Paraphrase *ad* §. 3. *I. de usufr.* ausdrücklich so, daß die Cession ungültig sey. Er sagt: Ἐξωτικῷ γὰρ παραχωρεῶν οὐδὲν πράττει, ἀλλὰ ἀνενέργητός ἐστιν ἡ παραχώρησις. i. e. *Namque extraneo cedens nihil agit, sed inefficax est cessio.* Es ist aber auch aus andern Stellen unserer Gesetze hinlänglich bekannt, daß die Redensart: *nihil agere* immer die Nichtigkeit und Unwirksamkeit eines Geschäfts ausdrücke [31]). Insonderheit aber überzeugt uns hiervon Pomponius in der *L.* 66. *D. de iure dot.* wo er sagt: Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a do-

31) §. 2. *I. de auctor. tutor.* *L.* 25. §. 4. *D. de usufr.* Noch mehrere Stellen führt BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Nihil* an.

a domino proprietatis detur, difficultas erit poſt divortium circa reddendum ius mulieri; quoniam diximus, uſumfructum a fructuario cedi non poſſe, niſi domino proprietatis, *et ſi extraneo cedatur*, id eſt, *qui proprietatem non habeat*, *nihil ad eum tranſire*, *ſed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum.* Schon hieraus erhellet, daß es ganz falſch ſey, wenn van de Water behauptet, daß zwiſchen Ceſſion und Vendition des Nießbrauchs kein Unterſchied ſey. Denn welcher auffallende Widerſpruch wäre es, wenn Juſtinian der Ceſſion alle Wirkung abſpricht, während er die Vendition des Nießbrauchs für rechtsbeſtändig erklärt! Es wird alſo nöthig ſeyn, den Unterſchied zwiſchen den angeführten beyden Arten der Veräuſſerung näher anzugeben. Ceſſion wird im Sinn des Civilrechts diejenige Art der Veräuſſerung genennt, wodurch Jemand ſein Recht an einer Sache dergeſtalt auf einen Andern überträgt, daß es in der Perſon des Cedenten gänzlich aufhört, und auf den Ceſſionar mit voller Wirkung übergeht. Sie mußte ehemals auf eine feyerliche Art vor einem Magiſtrat geſchehen, der die legis actio hatte. Der Ceſſionar vindicirte das ihm abgetretene Recht nicht anders vor Gericht, als ob es ex iure Quiritium ſein Eigenthum ſey. Der Prätor fragte den Cedenten, an contra vindicet, und wenn dieſer es verneinte, oder ſchwieg, ſo erkannte er dem Ceſſionar das Recht als ſein Eigenthum zu [32]). Dieſe Ceſſion war ehemals auch bey Conſtituirung des Nießbrauchs nöthig, wenn der Uſufructuar das dominium uſusfructus nach dem

32) CAJUS Lib. II. *Inſtitut.* Tit. I. in SCHULTING Iurispr. Anteiuſt. pag. 84.

dem iure Quiritium erwerben wollte [33]). Wenn nun gleich jene Feyerlichkeit im neuern römischen Recht ist aufgehoben worden, so ist doch der oben angegebene Begriff von der Cession unverändert geblieben, und hieraus ist denn zu erklären, warum der Nießbrauch, als ein subjectiv persönliches Recht, keinem extraneo cedirt werden kann, ohne dem Consolidationsrecht des Proprietars zu nahe zu treten. Allein mit dem Verkauf des Nießbrauchs verhält sich die Sache anders. Dieser schließt eine Uebertragung des Eigenthums nicht nothwendig in sich, sondern verpflichtet blos den Verkäufer zur Tradition [34]). Er kann also nach Maasgebung der Gesetze auf eine solche Art geschehen, daß das dem Käufer übertragene Recht doch noch nach der Person des Verkäufers beurtheilt, ja durch den Käufer in der Person des Verkäufers erhalten, und auf den Namen desselben ausgeübt wird. Folgende Gesetzstellen überzeugen uns hiervon lebhaft.

*L.* 38. *D. h. t.* Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec *nomine eius* alius, puta *qui emit*, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium eius gerit. Plane illud interest, quodsi *vendidero usumfructum*, etiamsi emtor non utatur, *videor usumfructum retinere.*

*L.* 39. *D. eodem.* Quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.

L. 40.

33) ULPIAN. *Fragm.* Tit. XIX. §. 9. 10. et 11.

34) *L.* 11. §. 2. *D. de act. emti vend.*

*L.* 40. *eod.* Quodſi donavero, non alias retineo, niſi ille utatur.

Sonach leuchtet alſo der Unterſchied zwiſchen Ceſſion und jeder andern Veräußerung des Nießbrauchs helle genug in die Augen, den auch ſchon **Cujaz** [35]), **Lycklama van Nyholt** [36]) und **Schifordegher** [37]) hinlänglich auseinander geſetzt haben. Der letzte Grund, den **van de Water** aus **Ulpians** Fragmenten entlehnt hat, und worauf er am meiſten bauet, iſt gerade der ſchwächſte. Ich gebe zwar gern zu, daß in dieſer Stelle nicht von dem Verluſt des Nießbrauchs durch eine an den Proprietar geſchehene Ceſſion, ſondern von der Erwerbung deſſelben die Rede ſey. Allein ſchon **Anton Schulting** [38]) hat richtiger eingeſehen, daß **Ulpian** von der Conſtitution des Nießbrauchs zu verſtehen ſey, und keinesweges von einer Alienation deſſelben an einen extraneus rede. Denn zur Beſtellung des Uſusfructus wurde ehemals, um das dominium uſusfructus zu erwerben, eine ceſſio in iure erfordert, weil ohne dieſelbe der uſusfructus nicht nach dem Civilrecht, ſondern nur nach dem prätoriſchen Rechte beſtehen konnte [39]).

Ob nun gleich aus den angeführten Gründen die meiſten Rechtsgelehrten darin einverſtanden ſind, daß die Worte *nihil agitur* in der angeführten Stelle der Inſtitutionen

35) *Not. ad §. 1. I. de uſu et habitat.*

36) Membranar. Lib. VII. Ecclog. 29. §. 1. Vol. II. p. 336. ſq.

37) Ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. XII. Qu. 3. pag. 87.

38) Iurisprud. Antejuſtin. pag. 623. not. 39.

39) *L. 1. pr. D. Quib. mod. uſusfr. vel us. amitt. L. 9. §. 1. Du. ſufr. quemadmod. caveat.*

tionen von der Ungültigkeit einer solchen Cession zu verstehen sind, wodurch der Usufructuar sein Recht dergestalt einem Andern, der nicht der Proprietar ist, abgetreten hat, daß dieser nun im eignen Namen das Nutznießungsrecht ausüben soll, und solches in der Person des vorigen Usufructuars gänzlich aufhört; so sind doch darüber die Ausleger noch verschiedener Meinung, wie weit sich die Nichtigkeit einer solchen Cession erstrecke? Viele[40]) glauben, die Cession sey nur insofern ohne Wirkung, daß der extraneus, an den die Abtretung geschehen ist, daraus kein Recht erlange. Dahingegen berechtige die Nichtigkeit der Handlung, die doch immer als eine kategorische Abdication eines zuständigen Rechts gelten müsse, den Proprietar zur Einziehung des Nießbrauchs, dessen sich überdem der Usufructuar, auch schon wegen Mißbrauchs seines Rechts, verlustig gemacht habe. Diese suchen ihre Meinung besonders aus der oben angeführten Stelle des Pomponius zu rechtfertigen, welcher *L.* 66 *D. de iure dot.* sagt: Si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, *sed ad dominum*

40) *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 3. I. de Usufr. *Iac.* CUJACIUS ad Ulpiani Fragm. Tit. 19. §. 11. in SCHULTING Iurispr. Antejust. pag. 623. not. 38. *Em.* MERILLIUS Comm. ad §. 3. I. de Usufr. pag. 150. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. 4. §. 10. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VII. Tit. 4. Qu. 3. *Io. Iac.* WISSENBACH Disputat. ad Institut. Disp. XII. §. 17. *Ant.* SCHULTING ad Iul. Pauli Sent. recept. Lib. III. Tit. 6. §. 32. not. 73. in *Iurispr. Antejustin.* pag. 363. *Henr.* BRENKMAN Diatriba de Evrematicis. Cap. XII. §. 9. pag. 259. und *Ge. Steph.* WIESAND Diss. de cessione ususfructus extraneo facta. *Lipsiae* 1766. §. 5. et 6.

*num proprietatis reverſurum uſumfructum.* Andere [41]) hingegen läugnen, daß die Worte *nihil agitur* eine ſolche Erklärung zuließen. Der Sinn derſelben, ſagen ſie, könne kein anderer ſeyn, als daß die an den extraneus geſchehene Ceſſion für nicht geſchehen zu halten ſey. Es könne alſo weder ein Recht auf den Ceſſionar übergehen, noch der Proprietar daraus einiges Recht erhalten, ſondern der Uſufructuar werde ſeinen Nießbrauch behalten, eben ſo, als ob er ihn gar nicht cedirt hätte. Pomponius ſage auch nicht das Gegentheil, ſondern nur ſoviel, der Nießbrauch werde dereinſt, nämlich wenn eine geſetzliche Urſach, wodurch derſelbe geendiget wird, eintritt, an den Proprietar wieder zurückfallen (*reverſurum*), als wenn gar keine Ceſſion geſchehen wäre. Daß alſo der Nießbrauch der geſchehenen Ceſſion wegen verlohren gehe, ſage er mit keinem Worte. So wenig nun auch dieſe Erklärung der *L.* 66. *D. de iure dot.* Beyfall verdient, wenn man erwägt, daß zu Folge derſelben der Rath, den Pomponius

41) GALVANUS de Uſufructu Cap. XXXVIII. §. 12. *Franc.* HOTOMAN, *Franc.* BALDUINUS, *Ian. a* COSTA und *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 3. I. de Uſufr. *Hub.* GIPHANII Antinomiar. iuris civ. ſ. Diſputat. ad Inſtitut. Lib. II. Diſp. X. nr. 33. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. 3. *de* CASTILLO de Uſufr. Cap. LXIX. nr. 20. ſqq. *Greg.* MAJANSIUS Commentar. ad XXX. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 328. §. 5. ſqq. *Ulr.* HUBER Digreſſion. Iuſtinian. P. II. Lib. II. Cap. 18. p. 625. ſqq. *Io.* D'AVEZAN Servitutum libr. P. VIII. §. *Certum itaque eſt* etc. (in MEERMAN *Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. IV. pag. 205.) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XII. Th. 35. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 159. edit. noviſſ. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1125. und MALBLANC Princip. iuris Rom. T. II. §. 427.

ponius hier giebt, ganz zwecklos gewesen seyn würde, wenn nur von einem künftigen Rückfall des ususfructus an den Proprietar die Rede gewesen wäre, wie ich nachher noch einleuchtender zeigen werde; so unumstößlich fest steht dagegen die Richtigkeit der Erklärung, welche nach dieser letztern Meinung von dem §. 3. *I de usufructu* gemacht wird. Ich trage daher kein Bedenken, denen [42]) beyzupflichten, welche behaupten, daß zwar nach der Strenge des ältern Civilrechts, wovon Pomponius zu verstehen sey, eine nach dem Recht des damaligen Zeitalters ungültige cessio des ususfructus den Verlust des Rechts zur Folge gehabt habe, nach dem neuern römischen Rechte hingegen, welches in den Institutionen des Kaisers Justinian gelehrt wird, diese Folge aufgehoben, und nur die Cession des Nießbrauchs an einen extraneus in Absicht auf das Recht selbst für ungültig erklärt worden sey. Das letztere erhellet aus dem Inhalte der oben angeführten Institutionenstelle ganz evident. Justinian, welcher daselbst von den verschiedenen Arten handelt, wie der Nießbrauch aufhört, setzt die Cession des Ususfructs, welche dem Proprietar geschehen ist, offenbar derjenigen entgegen, welche an einen Extraneus geschieht. Von der erstern sagt er, daß durch sie der Nießbrauch sich endige, hingegen von der letztern sagt er nur, daß die Cession nichtig sey. So konnte

42) *Ger.* NOODT de usufructu Lib. II. cap. 10. *Franc.* BROEUS Exposition. in Iustiniani Institut. ad §. 3. de usufr. nr. 3. p. 277. *Hen. Th.* PAGENSTECHER Iur. Pegasian. pag. 31. sq. not. b. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 946. et not. 833. pag. 665. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. VII. Tit. 4. Qu. 3. not. l. u. THIBAUT Syst. 2. B. §. 622. Not. q. S. 61.

konnte sich Justinian nicht ausdrücken, wenn seine Absicht gewesen wäre, daß auch in dem letztern Falle der Nießbrauch an den Proprietar zurückfallen solle. Eben so deutlich ist aber auch das ältere diesem entgegenstehende Recht aus der L. 66. D. de iure dot. zu erweisen. Daß überhaupt in den Pandecten des Kaisers Justinian viel antiquarisches Recht sich befindet, was nach der Absicht desselben nicht als geltendes Recht, sondern nur der Geschichte wegen in die Pandecten aufgenommen ward, ist schon von Andern [43]) sehr richtig bemerkt worden. Die L. 66. giebt uns davon ein treffendes Beyspiel. Pomponius, aus dessen *libro* 8. *ad Q. Mucium* diese Stelle genommen ist, trägt darin folgenden Fall vor. Ein Dritter hatte für eine Ehefrau dem Ehemann derselben ein Heyrathsgut gegeben, welches in dem Nießbrauche eines ihm gehörigen Grundstücks bestand, sich jedoch den Rückfall nach getrennter Ehe nicht vorbehalten. Die Ehe ward in der Folge durch ein Divortium wieder getrennt. Nun entstand die schwierige Frage, wie es mit der Restitution des Heyrathsgutes zu halten sey? Der Ehemann hatte hier durch die Bestellung des Heyrathsguts blos das Recht einer persönlichen Dienstbarkeit erhalten. Nun kann ein solches Recht zwar dem Proprietar, aber keinem Andern cedirt werden. Gleichwohl hatte sich der Proprietar den Rückfall nach getrennter Ehe nicht vorbehalten. Also mußte nach gemeinem Rechte das Heyrathsgut der Frau resti-

43) S. *Henr.* BRENCMANNI Disp. de Legum inscriptionibus §. 23. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. restituta* Tom. II. p. 169.) und THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 38. S. 165. der zweyten Aufl.

restituirt werden. Allein diese war eine extranea, weil ihr die Proprietät des Grundstücks nicht gehörte. Hätte also der Ehemann den Nießbrauch seiner geschiedenen Frau cediren wollen, so wäre die Handlung nichtig gewesen, und der Nießbrauch, wovon sich der Ehemann durch die Cession einmal feyerlichst losgesagt hatte, an den Proprietar zurückgefallen. Denn zu den Zeiten des **Pomponius** war noch die feyerliche cessio in iure üblich [44]). Um nun dieser Schwierigkeit abzuhelfen, riethen einige Rechtsgelehrten, deren Rath auch hier **Pomponius** billiget [45]), der geschiedene Mann solle der Ehefrau den Nießbrauch zum Schein verpachten, oder verkaufen, und dies könne auch nummo uno, d. i. für ein Bagatell geschehen, welches man sonst gar nicht für ein Pachtgeld oder Kaufpreis rechnen kann [46]). Auf solche Art verbleibe das Recht selbst dem Manne, und die Frau genieße blos, so lange jener lebt, die Früchte. Man könnte nun zwar freylich mit Joseph Finestres [47]) gegen diese Cautel noch einwenden,



44) S. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 19. nr. 7. et 8. (in *Thes. Meermaniano* Tom. VI. pag. 65.)

45) Pomponius drückt sich in der angeführten *L. 66.* darüber so aus: Quidam ergo, remedii loco, *recte* putaverunt introducendum, *ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus*, vel vendat *nummo uno*: *ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.*

46) Die Ausdrücke: *nummus unus*, *nummus sestertius*, drücken immer in unsern Gesetzen eine unbedeutende Kleinigkeit (res minima) aus. S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iur. Lib. I. cap. 29. nr. 4.

47) In Hermogeniani ICti iuris Epitomar. libros VI. Commentar. pag. 596. sq. §. 6.

daß es eines solchen Scheinpachts oder Scheinverkaufs gar nicht bedurft habe. Denn beydes läuft doch am Ende auf weiter nichts, als auf eine Schenkung hinaus [48]). Dergleichen können aber nach der Ehescheidung unter Ehegatten auf eine gültige Art geschehen. Auch läßt sich der Zweck hierdurch eben so gut erreichen, weil der Nießbrauch von dem Usufructuar einem Extraneus durch Schenkung auf eine solche Art überlassen werden kann, daß das Recht selbst bey dem erstern bleibt, und solches nur durch den Donatar ausgeübt wird [49]). Allein sollte auch die Antwort,

48) *L. 46. D. locati. L. 10. §. ult. D. de acquir. poſſeſſ. L. ult. D. pro donato. L. 38. D. de contrab. emt. vendit.*

49) *L. 12. §. 2. L. 38. et L. 40. D. h. t.* Nicht alle römischen Juristen scheinen auch wirklich jene Cautel gebilliget zu haben. Marcellus schlägt wenigstens ein anders Mittel vor, wie ohne jene Weitläuftigkeit der zum Heyrathsgut dem Mann bestellte Nießbrauch der geschiedenen Frau zu restituiren sey. Er sagt nämlich *L. 57. D. Soluto matrimon.* Usufructu in dotem dato, si divortium intervenerit, nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, *quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius.* (Dies führt Marcellus aus Julian an, zu dessen Digesten er Noten geschrieben hat. S. MAJANSIUS ad 30. ICtor. fragmenta T. I. pag. 328. §. VII.) Quod an verum sit circa adjectionem heredis, dubito. Interest, quemadmodum sit ususfructus in dotem datus. Si, cum haberet mulier fructum, (i. e. usumfructum) viro, cuius erat proprietas fundi, usumfructum cessit: nihil mulier heredi suo relinquet: debebatur enim ei ususfructus, qui ad heredem non solet transire. Quodsi fundi sui fructum mulier viro cessit, restitui is a viro debet: cum proprietate enim ad heredem eius transisset, si vir in reddendo eo non feciſſet moram. Si vero alienata sit proprie-

wort, wodurch Gregor Majansius [50]) diesem Einwande zu begegnen sucht, wenn er sagt, es könne hier, wo es auf Restitution des Heyrathsgutes ankommt, von keiner Schenkung die Rede seyn, weil diese aus bloßer Freygebigkeit geschieht, dahingegen der Ehemann zu jener rechtlich verbunden ist, nicht jedem einleuchten; obwohl nicht zu läugnen ist, daß in solchen Fällen, wo blos von Erhaltung eines Rechts die Rede war, auch eine sonst imaginäre Handlung ihre volle Wirksamkeit behauptet, und der nummus unus für ein iustum pretium gilt, wie schon Joseph Averanius [51]) ganz richtig bemerkt hat; so beweist doch wenigstens die hier von den römischen Juristen

 erfun-

prietas, aut aliquis fundi sui usumfructum mulieris iussu viro eius dederit in dotem; inspiciendum est primum, quemadmodum mulieri possit restitui. Potest autem vel cautionibus interpositis; ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri, fruique eam patiatur: (das *sicut potest* geht darauf, daß eine eigentliche Cession des Nutznießungsrechts hier nicht mehr Statt findet, weil die Frau, welche die Proprietät veräußert hat, als eine extranea zu betrachten ist, der Mann kann ihr also nur den Genuß der Früchte durch Cautionsleistung versichern. S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. Tit. Soluto matrim. Nr. LII. not. a. pag. 67.) vel, si se accommodavit dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur ususfructus. Nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo, ut inter eos actum fuerit, dare. (Dies setzt nämlich voraus, daß der Ehemann zuvörderst den Ususfructus dem Eigenthümer cedirt habe, damit dieser solchen der Frau aufs neue constituiren, oder sie sonst dafür entschädigen könne.)

50) Commentar. ad trig. ICtorum frag. T. I. pag. 328.

51) Interpretation. iuris Lib. I. cap. 29. nr. 1. Man sehe auch diesen Commentar 4. Th. §. 302. S. 182.

erfundene Cautel auf jeden Fall so viel, daß ohne dieselbe durch die Cession des Nießbrauches an einen Extraneus der ususfructus verlohren gegangen, und an den Proprietar zurückgefallen seyn würde, weil sonst die ganze Cautel offenbar zwecklos und unnütz gewesen wäre. Mit Recht sagt daher **Vinnius** [52]): *Hoc responsum non satis pensiculate examinasse videntur, qui negant, ex eo effici, quod nos dicimus, usumfructum statim, ut cessus est extraneo, ad proprietatem redire: sed hoc saltem,* REDITURUM *suo tempore, scilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum est, remedio, quod Iureconsultus suggerit, adhibito. Sed et quod ait, eo demum adhibito, ius ipsum penes maritum remanere, certum argumentum est, eo omisso non remanere. Postremo si non statim post cessionem cum proprietate ususfructus conjungitur, nullum mulieri praeiudicium maritus cedendo faciet, consequeturque mulier id ipsum, quod quaerebatur, et quo nihil amplius desiderare potest, perceptionem fructuum, usque dum morte mariti ususfructus finiatur. Quorsum igitur consilium Iureconsulti? Aut cur negat, in proposito quicquam transire?* Der Einwurf, den **Ulrich Huber** [53]) dagegen macht, daß es gar nicht der Zweck des römischen Juristen gewesen sey, zu lehren, wie und wenn der Nießbrauch sich endige, sondern nur, wie er der Frau, für die er zum Heyrathsgute gegeben worden, zu restituiren sey, ist höchst unbedeutend. Man kann ihm das immerhin zugeben, und dennoch bleibt es unläugbar, daß durch die Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus nach den deutlichen Worten des **Pomponius**

52) Commentar. ad §. 3. I. h. t. nr. 4.

53) Digression. Iustinian. Lib. II. cap. 18. §. II. pag. 626.

ponius der ususfructus geendigt, und an den Proprietar zurückgefallen sey. Verschiedene Rechtsgelehrten [54]) wollen nun zwar behaupten, daß die Worte des Pomponius: *ad dominum proprietatis reversurum usumfructum*, nicht allgemein von jeder Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus zu verstehen, sondern nur auf den Fall einzuschränken seyen, von dem Pomponius handle, nämlich wenn der Nießbrauch gerade zum Zweck eines Heyrathsgutes constituirt worden sey, weil dasselbe nach getrennter Ehe restituirt werden müsse. Nach dieser Ansicht soll sich also die *L. 66. D. de iure dot.* zum §. 3. *I. de usufr.* wie Ausnahme zur Regel verhalten. Allein wie wenig diese Meinung der Absicht des Pomponius entspreche, ist nicht schwer zu beweisen. Man darf nur die Worte: *Quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum*, recht ansehen, so wird man sich sogleich überzeugen, daß sie die allgemeine Regel von der Cession des Nießbrauchs enthalten, unter welche Pomponius den Fall subsumirt, von dem er spricht. Was sollte auch für ein Unterschied zwischen dem Ususfructus, welcher zum Heyrathsgut gegeben worden, und einem jeden andern seyn, da in dem einen Falle, wie in dem andern, der Nießbrauch seinem Wesen nach eine persönliche Dienstbarkeit bleibt, welche von der Person des Usufructuars nach dem Pandectenrechte durch



54) S. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 20. nr. 6. et 7. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 67.) und *Io. van de* WATER Observation. iur. Rom. Lib. III. Cap. II. pag. 332.

keine Cession getrennt werden konnte, ohne daß der usus-fructus verlohren gieng. Will man dem Pomponius allein nicht glauben, so wird der Ausspruch eines Paulus vollends überzeugen, welcher es als ganz bekannt annimmt: usumfructum a persona discedere *sine interitu sui* non posse [55]). Auf solche Art wäre also alle Vereinigung der *L.* 66. mit dem §. 3. *I. de usufr.* vergeblich, und es ist lächerlich, wenn Galvanus [56]) sich eingebildet hat, Tribonian habe die Worte: *Quoniam diximus*, absichtlich hinzugefügt, um hiermit auf die Institutionen zu verweisen, und beyde Stellen auf solche Art in Harmonie zu bringen. Denn es ist unerhört, daß je die Institutionen in den Pandecten wären citirt worden, wie auch schon Everhard Otto [57]) sehr gründlich dagegen erinnert hat. In Absicht auf den heutigen Gerichtsgebrauch sind zwar auch die Urtheile der heutigen Practiker verschieden. Nach Hofackers [58]) Zeugniß stimmt die Praxis der richtigen Erklärung des §. 3. *I. de usufr.* bey. Dafür bürgt auch die Auctorität eines Bergers [59]), und seines neuen Editors, des als practischen Civilisten allgemein verehrten Haubolds [60]). Dagegen aber lehren Stryk [61]), Carpzov,

55) *L.* 15. *D. Famil. erciſc.*

56) de Usufr. Cap. XXXVIII. §. 9. pag. 552. edit. *Tubing.*

57) Commentar. ad §. 3. I. de Usufr. in fine.

58) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1125. not. b.

59) Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 18. not. 2.

60) Ad *Bergerum* cit. loc. not. a. Tom. I. pag. 339.

61) Us. mod. Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. 8.

zov [62]), Schilter [63]) und Lauterbach [64]), daß der Gerichtsgebrauch die *L.* 66. *D. de iure dot.* in dem Sinn angenommen habe, daß die Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus das gänzliche Wegfallen desselben zur Folge habe, und empfehlen sogar die dort vorgeschlagene Cautel dem Usufructuar noch jetzt. Allein wie wenig eine solche Praxis noch jetzt, nachdem Justinian [65]) alle jene Simulationen, die das Alterthum, um der Subtilität des strengen Rechts willen, für nöthig hielt, und namentlich auch des nummi unius, für überflüßig erklärt hat, zu rechtfertigen sey, hat schon Jacobus Constantinäus [66]) bemerkt. Wer sollte also nicht vielmehr jenem Gerichtsgebrauche den Vorzug einräumen, der mit der Theorie des Rechts am besten übereinstimmt?

## §. 635.

### 2) Rechte des Usufructuars in Ansehung der Disposition.

Ausser dem vollen Genuß der Früchte ist dem Usufructuar auch, soweit es der Zweck des Nießbrauchs erfordert, eine Disposition über die Substanz der Sache selbst gestattet. Zwar leidet es keinen Zweifel, daß es dem Nutznießer auf keine Weise erlaubt sey, solche Veränderungen mit der Sache vorzunehmen, wodurch dieselbe dergestalt

62) Resp. iuris Lib. VI. Tit. 6. Resp. 55. nr. 17. et 18.

63) Prax. iur. Rom. Exerc. XVII. §. 30. not. a.

64) Colleg. th. pract. Pand. Lib. VII. Tit. 4.

65) *L. ult. Cod. de donat.*

66) Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. (in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 509.)

gestalt umgeformt wird, daß sie zu einer ganz andern Art von Sachen übergeht, als zu der sie bisher gehört hat. Er darf daher z. B. ein Grundstück, was blos zum Vergnügen und zur Lustbarkeit bestimmt, und auch nur als ein solches dem Usufructuar zum Gebrauch eingeräumt worden ist (*praedium voluptarium*), nicht um seines Vortheils willen in ein blos nutzbares Grundstück (*praedium fructuosum*) verwandeln, und statt der unfruchtbaren, blos zu Alleen und schattigten gewölbten Spatziergängen bestimmten Bäume, Fruchtbäume anpflanzen, oder andere nutzbare Anlagen machen [67]). Er darf auch kein Gebäude, was blos zu einem Magazin bestimmt und eingerichtet ist, in ein Wohngebäude, noch dieses in eine Mühle, oder Badehaus umändern, sondern muß schlechterdings bey Gebäuden die innere Einrichtung und die Hauptabtheilungen in denselben, nach der Beschaffenheit des Zwecks, wozu sie von dem Eigenthümer einmal bestimmt sind, unverändert lassen, wenn gleich durch eine solche Aenderung eine Erhöhung des Ertrags zu bewirken wäre [68]). Eben so ausgemacht ist es ferner, daß der Nutz-

67) *L. 13. §. 4. D. h. t.* Et si forte voluptarium (so ist mit Haloander statt *voluptare*, wie es in der Florentine heißt, zu lesen. *L. 39. D. de hered. petit. L. 7. 9. et 10. D. de imp. in res dot. fact.*) fuit praedium, viridaria, vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens; non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. Man vergleiche *Christph. Lud.* CRELLII Diss. de usufructu praedii voluptarii. *Vitembergae* 1739.

68) *L. 13. §. 8. D. h. t.* Item si domus ususfructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet: nec per caenacula divi-

Nutznießer nichts vornehmen dürfe, wodurch die Lage des Eigenthümers überhaupt schlechter gemacht würde [69]); es geschehe nun entweder dadurch, daß er etwas nutzbares wegnimmt [70]), oder von der Sache einen andern Gebrauch macht, als wozu sie bestimmt ist [71]). Denn dies wäre ein abusus, wofür der Usufructuar verantwortlich seyn würde. Dahingegen ist es

1) dem

dividere domum: nec balneum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, accipe, quae vulgo diversoria, vel fullonica appellant. S. WESTPHAL cit. libr. §. 668. not. 593. b.

69) *L. 13. §. 4. D. eod.* Fructuarius causam proprietatis *deteriorem facere non debet:* meliorem facere potest. Et aut fundi est ususfructus legatus: et non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, neque quidquam facere *in perniciem proprietatis.*

70) *L. 7. in fin. D. h. t.* — nec utile detrahere posse.

71) *L. 15. §. 1. D. h. t.* Mancipiorum usufructu legato, non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti. Nam si librarium rus mittat, et qualum (d. i. ein geflochtener Korb oder Butte, dergleichen man beym Weinkeltern gebrauchte, um den Most durchtröpfeln zu lassen. *L. 8. D. de instr. et instrum. leg.* ISIDORUS *Lib. XX. Originum* cap. 14. VIRGILIUS Lib. II. *Georg.* v. 241. S. CUJACIUS Lib. XI. Observat. cap. 36. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. nr. 23. not. e.) et calcem portare cogat; histrionem balneatorem faciat; vel de symphoniaco (musikalischer Sänger) atriensem (Hauswärter S. WESTPHAL pag. 455.); vel de palaestra stercorandis (oder vielmehr *exstercorandis*, i. e. stercore purgandis, wie CUJACIUS Lib. XI. Observation. cap. 36. liest) latrinis praeponat: *abuti videbitur proprietate.*

1) dem Usufructuar erlaubt, zum Behuf seines Nießbrauchs alles nöthige vorzunehmen. Er kann z. B. in dem nutznießlichen Gebäude, wo es zur Erhellung desselben nöthig ist, Fenster anlegen [72]). Kann ferner der Erndte wegen ein Gebäude errichten [73]); und wenn ihm der Nießbrauch von einer area, z. B. zum Dreschen oder zur Bleiche (S. 25.) gegeben worden ist, so kann er zur Verwahrung der auf dem Platz befindlichen Sachen eine Hütte bauen [74]). Es steht ihm auch

2) frey, die Substanz der nutznießlichen Sache zu verbessern, und zwar dadurch, daß er sie schöner oder nützlicher macht [75]). Er darf sie also insoweit auch verändern, nämlich a) wenn erhöhte Einkünfte bey einer, doch schon zur

72) *L. 13. §. 7. D. h. t.* Sed si aedium ususfructus legatus sit, NERVA filius *et lumina immittere eum posse ait.* Ohne Grund spricht *Ger.* NOODT Lib. I. de Usufr. c. 11. dem Usufructuar diese Befugniß ab, indem er lumina immittere durch *reficere* oder *tueri* erklärt. Allein diese Erklärung streitet ganz gegen den römischen Sprachgebrauch, wie schon *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 47. sq. gezeigt hat. Auch die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 1. widersprechen jener Erklärung, wo es heißt: Επὶ τᾶ εἰς χρῆσιν δοθεντος οἴκε δυνατὸν φῶτα ἐπινοεῖν.

73) *L. 13. §. 6. D. h. t.* Sed nec aedificium quidem positurum, *nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.*

74) *L. 73. D. h. t.* Si areae ususfructus legatus sit mihi, *posse me casam ibi aedificare*, custodiae causa earum rerum, quae in area sint.

75) *L. 13. §. 5. in fin. D. h. t.* Siquidem ei permittitur *meliorare proprietatem.*

zur Gewinnung von Einkünften bestimmten, Anlage die Folge der Veränderung sind; b) wenn nicht die Art der Sache dadurch verändert wird; und c) wenn auch nicht in sonstiger Hinsicht ein Nachtheil für den Proprietar daraus erwächst [76]). Es ergiebt sich hieraus, daß nicht schlechthin jede Melioration der Sache für erlaubt zu halten ist. Denn bey der unendlichen Verschiedenheit menschlicher Neigungen und Zwecke versteht sich's wohl von selbst, daß nicht gleich jede, dem Usufructuar vielleicht nützliche, Anlage und Verbesserung der Sache, auch immer Vortheile für den Proprietar gewährt, es kann vielmehr umgekehrt unterweilen ein Nachtheil für diesen damit verknüpft seyn [77]). Um daher die Befugnisse des Usufructuars in Absicht auf die Verbesserung der Sache näher zu bestimmen, ist hauptsächlich darauf zu sehen, was die Beschaffenheit der Sache, und die Art des gegebenen Nießbrauchs für Einschränkungen an die Hand giebt. Vergleichen wir nun hierüber die Vorschriften des römischen Rechts [78]), so ist nach Maasgebung derselben ein Unter-

76) S. *Io.* D'AVEZAN Servitutum libr. P. III. cap. 8. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 143.) VOET Comment. h. t. §. 24. CRELL Diss. cit. de usufr. praedii voluptarii §. 9. et 10. HUFELAND Pandectencompendium §. 302. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 611. anderer Meinung ist FEUERBACH in den civilist. Versuchen. 1. Th. Nr. IV. S. 135. ff. Allein man sehe Hagemeister über fr. 13. §. 5. D. de usufr. in Hugo civilist. Magazin. 3. Band. Nr. XIII. S. 257. ff.

77) Arg. *L. 23. D. de usu et hab.* — Causam facit deteriorem, *etiam in meliorem statum commutata.*

78) *L. 7. §. 3. L. 8. L. 13. §. 4—7. L. 15. §. 1—3. et L. 27. §. 2. D. h. t.*

Unterschied zu machen, ob der Nießbrauch an einer beweglichen oder an einer unbeweglichen Sache bestellet worden ist.

a) Ist die nutznießliche Sache eine bewegliche, so muß er sie lassen, wie sie ist, und darf sie nur insoweit vervollkommnen, als deren Art und ursprüngliche Bestimmung dadurch nicht verändert wird [79]). So z. B. durfte zwar der Usufructuar den ihm zum Gebrauch gegebenen Sklaven keine anderen Dienste leisten lassen, als die seiner Bestimmung, wozu er von dem Proprietar ist angeschafft worden, gemäß sind. Allein war der Sklave noch zu keiner gewissen Art von Kunstdiensten, sondern nur zu gemeinen häuslichen oder landwirthschaftlichen Diensten bestimmt, dergleichen Sklaven bey den Römern *servi mediastini* [80]) genennt wurden; so konnte ihn der Usufructuar in den Wissenschaften unterrichten, oder ihm eine Kunst lernen lassen, und ihn dann als Kunstverständigen gebrauchen [81]).

b) Ist

79) *L. 15. §. 1. sqq. D. h. t.*

80) *L. 6 pr. D. de operis servor.* In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 7. L. 6. werden die *mediastini* genennt οἱ ἀτέχνοι, i. e. qui nullam artem exercent. Man sehe auch PLINIUS *Hist. nat.* Lib. XXIX. cap. 1. Der Name *mediastinus* kommt daher, quod in medio staret servus, expositus omnibus, non certi officii, sed varii usus, ideoque ordinario vilior. Insonderheit nannte man, wie Nonius lehrt, diejenigen Sklaven *mediastinos*, die bey den Bädern zur Aufwartung dienten. S. *Chr. Gottl.* HAUBOLD Diss. de Fabio Mela ICto eiusq. fragmentis. *Lipsiae* 1806. P. II. §. 2.

81) *L. 27. §. 2. D. h. t.* Si servi ususfructus legatus est, cuius testator *quasi ministerio vacuo* utebatur, *si eum disciplinis, vel arte*

b) Ist hingegen die nutznießliche Sache eine unbewegliche, so unterscheidet das römische Recht wieder zwischen Landgütern (fundi) und Gebäuden. Was

aa) die Landgüter anbetrifft, so steht zwar auch dem Usufructuar keine solche Veränderung frey, wodurch das Gut zu einer ganz andern Art von Grundstücken, als zu der es bisher gehört hat, umgeschaffen würde. Z. B. er darf die Wiese nicht in einen Acker, oder den Acker in eine Wiese verwandeln. Allein ist das Landgut ein solches, was einmal zur Gewinnung von Einkünften bestimmt ist, so ist es dem Usufructuar erlaubt, manche, wenn gleich nützliche Anlagen, in andere umzuschaffen, insofern nur die Einkünfte des Gutes dadurch wirklich vermehrt werden; und auch in sonstiger Hinsicht, z. B. in Beziehung auf die ganze Bewirthung des Gutes, für den Proprietar kein Nachtheil aus dieser Veränderung entsteht. Unter diesen Umständen steht dem Usufructuar nichts im Wege, warum er nicht einen oder den andern auf dem Gute befindlichen Weinberg, Baumgarten, und dergleichen gänzlich eingehen lassen, und den Platz in ein Bergwerk umschaffen dürfte, wenn nur dem Ackerbau dadurch kein nothwendiger Theil des Grundstücks entzogen wird. Hierher gehört die, wenn gleich, obwohl ohne hinlänglichen Grund, bestrittene Stelle Ulpians *L.* 13. §. 5. *D. h. t.* wo es heißt: Inde est quaesitum, an lapidicinas,

*arte instituerit usufructuarius*, arte eius vel peritia utetur. *Vacuum servi ministerium* nennte man ein solches, quod non est uni et certo officio aut arti designatum, et contra omni operi vacans, wie es NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 16. pag. 424. erklärt.

nas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipſe inſtituere poſſit? Et ego puto, *etiam ipſum inſtituere poſſe, ſi non agri partem neceſſariam huic rei occupaturus eſt.* Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri, et argenti, et ſulphuris, et aeris, et ferri, et coeterorum fodinas, vel quas paterfamilias inſtituit, exercere poterit, vel ipſe inſtituere, ſi nihil agriculturae nocebit. *Et ſi forte in hoc, quod inſtituit, plus reditus ſit, quam in vineis* *), *vel arbuſtis, vel olivetis, quae fuerunt, forſitan etiam haec deiicere poterit; ſiquidem ei permittitur, meliorare proprietatem.* Dieſe letztere durch Curſivſchrift ausgezeichnete Periode iſt von jeher vielen ein Anſtoß geweſen. Denn viele können ſich nicht überzeugen, daß der Uſufructuar befugt ſeyn ſollte, den unſichern Ertrag eines Bergwerks mit dem ſichern Gewinn von Einkünften eines Weinbergs, oder Olivengartens vertauſchen zu dürfen. So thörigt werde ja der Eigenthümer ſelbſt nicht handeln! und der Uſufructuar, der nicht Eigenthümer iſt, ſollte eine ſolche Veränderung vorzunehmen berechtiget ſeyn? Ulpian verbiete ja in dem unmittelbar vorhergehenden §. dem Uſufructuar, einen bloßen Luſtgarten in einen auch noch ſo einträglichen Fruchtgarten zu verwandeln; er ſage ferner im Anfange derſelben Stelle, er dürfe zwar Bergwerke anlegen, aber dadurch dem Ackerbau nichts entziehen. Wie kann dieſer Ulpian nun am Ende, blos des größern Einkommens wegen, dem Nutznießer die Ausrottung eines Baum- und Fruchtgartens erlauben, um ein Bergwerk anzu-

*) *Petrus ab* AREA BAUDOZA CESTIUS lieſet *vinetis.*

anzulegen? Noodt[82]) hält daher die ganze passage von *Et si forte* bis *poterit*, für einen unächten Zusatz eines alten Auslegers, welcher hierdurch auf eine höchst unrichtige, der Meinung Ulpians und aller Rechtsanalogie entgegen streitende Art die letztern Worte: *siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*, die er für ächt hält, zu erklären gesucht habe. Gregor Majansius[83]) hingegen wagt es zwar nicht, ein solches Glossem anzunehmen; wer sollte auch einer so gewagten Crisis Beyfall geben können, da die Stelle, welche Noodt weggestrichen wissen will, nicht nur in allen bis jetzt bekannten Manuscripten[84]), sondern auch sogar in den Basiliken[85]) steht? Er glaubt aber doch, daß wenigstens die gedachten Worte nicht so verstanden werden könnten, als ob der Nutznießer Weinberge oder Baumgärten um eines Bergwerks willen dürfte eingehen lassen, sondern Ulpian wolle nur soviel sagen, der Usufructuar könne

82) de Usufr. Lib. I. cap. 6. pag. 404. und Lib. I. Observation. cap. 9. Allein man sehe, was schon *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandectas pag. 46. gegen diese Noodtische Kritik erinnert hat.

83) in Disputat. iuris civ. Tom. I. Disp. 2. §. 34. pag. 33.

84) S. GEBAUERI edit. Corpor. iur. civ. ad h. L.

85) Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 250. da heißt es: Δυνάται δὲ συνισᾶν εν τῷ αγρῷ παντοῖα μέταλλα, μὴ βλάπτον τοὺτον ἀγρόν. ἐι μὴ ἄμα μείξων ἐςι τῆς βλάβης ἡ περιποιουμένη προσοδος. i. e. *Potest autem omnis generis metalla in fundo instituere, si nihil fundo nocebit: nisi forte in hoc, quod instituit, plus sit reditus, quam damni.*

könne allenfalls auch einige Weinstöcke oder Bäume wegnehmen, welche dem Bergwerke hinderlich wären. So bliebe doch der Weinberg oder Fruchtgarten, und die Einkünfte des Guts würden durch das Bergwerk erhöhet. Herr Prof. Feuerbach [86]) billigt zwar auch nicht jene gewaltsame Crisis des holländischen Rechtsgelehrten, räumt aber doch dem Usufructuar auch nicht einmal diejenige Befugniß ein, welche ihm nach der Erklärung des Majansius noch zugestanden wird, ob er gleich die Ausdrücke *vineta*, *oliveta* blos von einzelnen Weinstöcken und Oelbäumen erklärt. Er glaubt nämlich den Knoten durch eine Veränderung in der Interpunction vollkommen lösen zu können; und wer sollte einer solchen Emendation wohl seinen Beyfall versagen können, welchem nicht unbekannt ist, daß die Interpunctionen und Abtheilungen der Worte von den Herausgebern der Justinianeischen Gesetzsammlungen herrühren, und daß die Florentinische Handschrift und alle alte Codices Buchstab an Buchstab, ohne Trennung der verschiedenen Worte, und ohne alle Interpunction geschrieben sind? Die Aufhebung des Puncts nach *nocebit*, die Versetzung desselben nach *fuerunt*, und die Zusammenziehung des *Et si* in *etsi*, meint dieser würdige Rechtsgelehrte, werden nun den einleuchtensten Sinn geben. „Der Usufructuar darf, sage jetzt Ulpian, Metallgruben anlegen, jedoch unter der Einschränkung, daß er der Pflanzung nichts entziehe, wenn gleich die Gruben, die er anlegt, einträglicher seyn sollten,

86) Ueber die L. 13. §. 5. D. de usufr. Eine nothwendige kritische Emendation. (in Desselben civilist. Versuchen. 1. Th. Nr. IV. S. 145. ff.)

ten, als die Weinstöcke und Oelbäume, welche da gewesen sind.“ Dies sey der Sinn **Ulpians** in den Worten *etsi* bis *fuerunt*. Durch die folgenden Worte: *Forsitan — proprietatem* suche nun **Ulpian** noch eine mögliche Bedenklichkeit des Lesers zu heben. Dieser könnte vielleicht glauben, ein Usufructuar dürfe gar keine Bäume oder Weinstöcke ausreissen. Daher füge nun **Ulpian** noch hinzu: Er darf wohl auch (forsitan) diese (nämlich Oelbäume, Weinstöcke u. s. w.) umwerfen, aber nur insofern ist es ihm erlaubt, als er berechtiget ist, das Grundstück in gutem Stand zu erhalten und zu verbessern. Man hat den Scharfsinn nicht verkannt, der aus dieser Emendation hervorleuchtet, und sie würde allerdings Beyfall verdienen, wenn die gemeine Lesart einer Emendation bedürfte. Allein wie wenig Grund überall zu finden sey, weshalb die bisher gewöhnliche Interpunction und Abtheilung der Worte nicht beybehalten werden könnte, wie gar vieles hingegen die vorgeschlagene Emendation gegen sich habe, was ihr den Vorzug vor der bisher gewöhnlichen Lesart streitig macht, hat Herr OARath **Hagemeister** [87]) so einleuchtend dargethan, daß ihm gewiß jeder Unbefangene beystimmen wird. Ich will hier nicht wiederholen, was schon so gründlich gegen diese neue Emendation erinnert worden ist; nur das kann ich zu bemerken nicht umhin, daß durch dieselbe, meinem Bedünken nach, der deutliche Sinn entstellt, und der ganze Zusammenhang mit dem folgenden §. 6. zerrissen werde. **Ulpian** will hier zeigen, wozu der



87) Ueber fr. 13. cit. bey **Hugo** im civilist. Magazin. 3. B. S. 259. ff.

Usufructuar berechtiget sey, wenn von neuen Anlagen auf einem Landgute die Rede ist, wobey es blos auf Gewinnung von Einkünften ankommt. Ohne alles Bedenken, sagt er, kann er Metallgruben, Steinbrüche u. dgl. anlegen, so lange nur die zur Landwirthschaft nöthigen Felder (agri pars necessaria) übrig sind. So weit konnte **Ulpian** seine Meinung ohne alles Bedenken äußern. Allein mehr zweifelhaft war es, ob nicht der Usufructuar eine schon vorhandene nützliche Anlage, z. B. einen Weinberg, oder einen Baumgarten, dürfe eingehen lassen, wenn sich findet, daß das angelegte Bergwerk viel einträglicher ist, als jene? Hier war nun zwar die Sache so ausgemacht nicht; **Ulpian** erklärt sich indessen mit der ihm eignen Bescheidenheit, welche er in solchen Fällen immer durch das Wörtchen *fortasse*, oder *forsitan* an den Tag zu legen pflegt, wo er etwas behauptet, was nicht allgemein bekannten und ausgemachten Rechtens war[88]), für die bejahende Meinung, und zwar aus dem Grunde, weil hierdurch das blos zur Gewinnung von Einkünften bestimmte Grundstück wirklich verbessert werde, und dergleichen Verbesserung dem Usufructuar erlaubt sey. Daß *siquidem* hier nicht für quatenus, sondern vielmehr, wie in mehreren Stellen unserer Gesetze, für *quia* gebraucht wird, hat **Joh. Strauch**[89]) zum Ueberfluß bewiesen. Wie konnte nun

88) Man vergleiche z. B. *L. 20. §. 16. D. de hered. petit. L. 15. §. 1. D. de Rei vind.* u. a. m. und sehe HUBER in Eunom. Rom. pag. 275. u. pag. 299. und IENSIUS in Structur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 46.

89) Lexic. particularum iuris. v. *Siquidem.* pag. 245.

nun wohl **Ulpian** auf den Einfall gerathen, hier einem Zweifel zu begegnen, der schlechterdings gar nicht zu der Sache gehörte, von der er spricht, sondern blos eine Pflicht des Usufructuars betrifft, nämlich ausgegangene Weinstöcke auszurotten, und alte abgestorbene Bäume auszureissen, und bessere an ihre Stelle zu setzen? Wie konnte er sich hier auf ein Recht des Nutznießers zu Melioratio-nen beziehen, und sich dabey so bedenklich, wie das Wort *forsitan* andeutet, ausdrücken, um eine Schuldigkeit des Usufructuars zu bezeichnen, die ganz unbezweifelten Rechtens ist? Es leuchtet überdem klar in die Augen, daß hier gar nicht von Ausrottung einzelner ausgegangener Weinstöcke oder abgestorbener Bäume die Rede sey, sondern das *haec* deiicere geht offenbar auf das vorhergehende *vineae*, *arbusta* et *oliveta*, worunter nicht einzelne Weinstöcke und Bäume, sondern Weinberge und Fruchtgärten verstanden werden. Und in welchem sonderbaren Zusammenhange erscheint nun die neue Emendation mit dem folgenden §. 6. wo **Ulpian** die dem Usufructuar zugestandene Befugniß in dem Falle wieder zurücknimmt, wenn die neue Anlage, der erhöheten Einkünfte ungeachtet, doch in sonstiger Rücksicht nachtheilig für den Proprietar seyn sollte? Er sagt nämlich: Si tamen, quae instituit usufructuarius, aut *coelum corrumpant agri*, aut *magnum apparatum sint desideratura*, *opificum* forte vel *legulorum* [90]), *quae non potest sustinere proprietarius*; non vi-

 debitur

90) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. und POTHIER in Pandect. Iustinian. h. Tit. Nr. XXVIII. wollen *figulorum* lesen. Eben so *Petr. ab* AREA BAUDOZA CESTIUS. HOFFMANN in Meletem.

ad

debitur viri boni arbitratu frui. Ganz anders verhält sich die Sache

bb) mit Gebäuden. Bey diesen beschränken sich die Befugnisse des Nutznießers auf ein bloßes Erhalten (tueri) dessen, was einmal vorhanden ist. Neuerungen darf er nicht vornehmen, wenn auch das Gebäude dadurch verbessert würde, nur allenfalls Verzierungen, die immer wieder weggenommen werden können, und nicht Theile des Gebäudes selbst werden, darf er anbringen. Neratius sagt *L.* 44. *D. h. t.* Usufructuarius novum tectorium [91]) parie-

ad Pand. Diss. VIII. §. 2. substituirt *baiulorum.* Allein alle diese Emendationen sind unnöthig, wie schon *Io. Gottfr.* SAMMET in Opuscul. pag. 231. gezeigt hat. Man kann die florentinische Lesart füglich beybehalten, man verstehe nur nicht mit Cujaz unter *legulis* diejenigen, qui oleas aut uvas legunt. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß diese Bedeutung bey den Scriptoribus rei rusticae vorkommt. Allein sie paßt nicht hierher, wo von Metallgruben die Rede ist. Das Wort hat mehrere Bedeutungen. *Leguli* werden, wie *Casp.* BARTH Adversarior. Lib. XXXV. cap. 18. in fin. bemerkt hat, auch diejenigen genennt, qui aurum ex cavernis terrae legunt et colligunt.

91) *Tectorium* heißt hier nicht blos Uebertünchung der Wände mit Kalk, sondern es war eine splendide Incrustation der Wände, die von Gyps und gestoßenem Marmor verfertiget wurde, und worauf unter allerey Verzierungen Spiegel, Gemälde, auch Figuren angebracht waren. In den Speisesälen war das Tectorium mit Gesimsen versehen, welche auf Säulen ruheten, worauf man die silbernen Trinkgeschirre zur Zierde aufstellte. S. VITRUVIUS de architectura Lib. II. cap. 4. et Lib. VII. cap. 3. PLINIUS H. N. Lib. 36. cap. 23. Hieraus erklärt sich, wenn

parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest: quia, tametsi meliorem, excolendo aedificium, domini causam facturus esset, non tamen id *iure suo* [92]) facere potest; aliudque est, *tueri*, quod accepisset, *an novum faceret* [93]). Und Ulpian *L.* 13. §. 7. *D. h. t.* Sed si aedium ususfructus legatus sit, *Nerva* filius, et lumina immittere eum posse, ait: sed et colores, et picturas, et marmora poterit, et sigilla (Statüen), et si quid ad domus ornatum. Warum es bey Gebäuden anders, als bey den Landgütern sey, ist eine Frage, worauf die Rechtsausleger sehr verschiedene Antworten

wenn *L. 7. §. ult. D. h. t. L. 79. §. ult. D. V. S.* und *L. 3. §. 4. D. de in rem verso* gesagt wird, die Tectoria gehörten mehr ad voluptatem, quam ad utilitatem. Da also dergleichen Verzierungen vielleicht der Eigenthümer selbst nicht würde haben machen lassen, so konnte man auch nicht annehmen, daß ihm damit gedient sey, wenn es der Usufructuar that. *Nec enim debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset,* sagt *L. 3. §. 4. cit.* Von den Tectoriis handeln auch *Guil.* BUDAEUS in Annotation. ad Pandect. pag. 138. sq. und *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. pag. 337. sq.

92) Was *suo iure* heißt, erklärt *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad h. L. pag. 114. Hier heißt es wohl soviel, als: er kann eine solche Neuerung nicht in der Eigenschaft eines Usufructuars vermöge seines Nutznießungsrechts unternehmen. Ein anders ist, was er als Mandatar des Eigenthümers, oder in der Eigenschaft eines negotiorum gestoris thut.

93) IENSIUS in Strictur. pag. 59. will hier richtiger: *quam novum facere* lesen.

ten geben. Voet[94]) giebt folgenden Grund an: Aedium fructuarius formam earum mutare nequit, etsi meliora repositurus, *ne publicus urbis aspectus deformetur aedificiis disiectis*: at qui fundi habet usumfructum, id potest, *cessante tunc publici aspectus favore.* Dieser Grund möchte aber wohl schwerlich Jemanden befriedigen. Scharfsinniger ist der Grund, den Cocceji[95]) angiebt; nämlich bey Landgütern betreffe die dem Usufructuar *L.* 13. §. 5. *et* 6. *D. h. t.* gestattete Veränderung nicht sowohl die Sache selbst, als vielmehr deren Gebrauch. Nur eine *mutatio usus* sey dem Nutznießer erlaubt. Diese lasse sich aber bey Gebäuden nicht ohne eine Aenderung der Sache selbst gedenken. Allein auch dadurch wird die Sache noch nicht vollkommen aufgeklärt. Der wahre Grund des Unterschiedes liegt in der Natur der Sache selbst. Denn bey dem usufructu fundi erstreckt sich das Recht des Nutznießers auf alle, wenn gleich noch so verschiedenartige, Theile des Grundstücks. Ihm gehören daher nicht nur die Früchte, welche die Oberfläche desselben dem Auge darstellt, sondern auch die unter der Erdfläche verborgenen innern Erzeugnisse des Grundstücks. Deswegen darf er nicht nur die Metall- und Steingruben, welche der Eigenthümer bereits eröffnet hat, zu seinem Vortheil bearbeiten, sondern er kann auch selbst Bergwerke anlegen, und, so weit ihm dieses erlaubt ist, die ihm in seinem Vorhaben entgegenstehende Hindernisse aus dem Wege räumen. Allein bey Gebäuden hat das Recht des Usufructuars nur

die

94) Commentar. h. t. §. 24.

95) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8.

die Superficies zum Gegenstande, und diese darf durchaus nicht umgestaltet werden, wenn sie gleich durch die Veränderung verbessert würde [96]). Hiernach erklärt sich nun, warum der Nutznießer eines Gebäudes dasselbe nicht erweitern [97]) (ampliare) oder tectoria, pavimenta et similia da anbringen darf, wo sie vorher nicht waren [98]), und warum er nichts Nutzbares wegnehmen darf, auch wenn er etwas Besseres an dessen Stelle setzen will. Warum ihm ferner nicht erlaubt ist, Veränderungen mit der innern Einrichtung des Hauses und dessen Zimmern vorzunehmen [99]), oder das Haus höher zu bauen [100]); und warum

96) S. *Ger.* CASTENDYK Diss. de iuribus et obligationibus usufructuarii circa refectionem aedificiorum. *Goett.* 1792. §. 8.

97) *L. 7. §. 3. L. 8. D. h. t.* Neque autem *ampliare*, nec utile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit. Quae sententia vera est.

98) *L. 44. D. h. t.*

99) *L. 13. §. 7. D. h. t.* Sed neque diaetas (Zimmer) transformare, vel conjungere, aut separare ei permittetur: vel aditus posticasque vertere, (i. e. er darf die Thüren des Hauses, weder die zum Eingange in dasselbe, noch die zum Ausgange aus dem Hintergebäude oder die Hinterthüren verändern), vel refugia (unterirdische Gänge, wo man in Nothfällen hinflüchten kann), aperire, vel atrium (Vorsaal) mutare: vel viridaria (Lustgärten) ad alium modum convertere. *Excolere enim, quod invenit, potest, qualitate aedium non immutata.*

100) *L. 13. §. 7. cit.* Item *Nerva*, eum, cui aedium usus-fructus legatus sit, *altius tollere non posse*, quamvis lumina non obscurentur: *quia tectum magis turbatur* (sc. vento).

warum er endlich ein von dem Eigenthümer angefangenes Gebäude nicht vollenden darf, selbst wenn er auch wegen unvollständiger Beschaffenheit desselben keinen Nutzen davon haben kann [1]). Zwar könnte in allen diesen Fällen das Gebäude vielleicht eine bessere Gestalt erhalten, oder schöner und nutzbarer werden; allein es könnten auch eben so leicht diese Veränderungen für den Proprietar von nachtheiligen Folgen seyn, wenigstens ist es doch immer ungewiß, ob sie es nicht seyn werden. Führt z. B. der Usufructuar das Gebäude höher auf, so ist das Dach mehr dem Winde ausgesetzt, und kostbarer zu unterhalten. Macht er neue Einrichtungen im Innern des Hauses, so steht es sehr dahin, ob sie auch gerade für die Lage des Proprietars passend sind. Vielleicht erfordern sie mehr Feuerungsmaterial, um die Zimmer zu erheitzen, oder letztere sind nach der neuen Einrichtung kostbarer zu meubliren u. d.

Wird

1) *L. 61. D. h. t.* Aedificium inchoatum usufructuarium *consummare non posse*, placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit: sed nec eius quidem usumfructum esse, nisi in constituendo, vel legendo usufructu, hoc specialiter adiectum sit, ut utrumque ei liceat. Viele machen jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Usufructuar weiter nichts, als den Nießbrauch eines Gebäudes erhalten hätte, und dieses ohne Vollendung nutzlos seyn würde. S. HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. §. 6. pag. 339. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 8. (bey MEERMAN T. IV. pag. 143.) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. m. Tom. II. pag. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 611. a. E. Was übrigens der Usufructuar einmal erbauet hat, darf er nicht wieder wegnehmen, noch abbrechen. *L. 15. pr. D. h. t.*

Wird endlich das unvollendete Gebäude ausgebaut, so hat der Proprietar auch künftig mehr zu unterhalten [2]).

## §. 635. b.

### Pflichten des Nutznießers, a) in Absicht auf die Erhaltung der Sache.

Um die Substanz der Sache zu erhalten, worin die erste Hauptpflicht des Usufructuars besteht, ist er verbunden, die Sache, ihrer Bestimmung gemäß, als ein guter Wirth zu gebrauchen [3]). Thut er dieses, so darf er für keine Deterioration haften [4]), wenn auch die Sache bey diesem Gebrauche ganz zu Grunde gehen sollte [5]). Sonst aber ist der Nutznießer nicht nur dem Proprietar für alles *damnum iniuria datum* durch die Lex Aquilia verhaftet [6]); sondern

2) S. Hagemeister über fr. 13. §. 5. D. de usufr. in Hugo civilist. Magazin 3. Band S. 268. f.

3) *L. 9. pr. D. h. t.* Item si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut *boni viri arbitratu fruatur.* Nam et CELSUS *libro 18. Digestorum* scribit, cogi eum posse recte colere. — *L. 65. pr. D. h. t.* Debet enim omne, *quod diligens paterfamilias in sua domo facit*, et ipse facere.

4) *L. 9. in fin. D. usufr. quem. cav.* (S. §. 631. S. 162.) Man sehe hier vorzüglich DONELLI Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 13.

5) *L. 12. §. 1. D. h. t.* Navis usufructu legato, navigandum mittendam puto, *licet naufragii periculum immineat:* navis enim ad hoc paratur, ut naviget.

6) *L. 13. §. 2. D. h. t. L. 15. §. 3. L. 66. D. h. t.*

sondern er ist auch für schädliche Unthätigkeit verantwortlich [7]). Er muß daher dem Eigenthümer Caution leisten: *se boni viri arbitratu usurum fruiturum, et, finito usufructu, restiturum, quod inde extabit* [8]). In diesem Versprechen liegt die Zusicherung, nicht nur für alle Deterioration zu stehen, wenn ihm dabey eine culpa levis zur Last fallen sollte [9]), sondern auch custodiam zu prästiren, wenn durch irgend ein Versehen desselben die Sache ganz zu Grunde oder verlohren gehen sollte [10]). Denn die

7) S. SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 343. ff.

8) *L. 13. pr. D. h. t. L. 1. pr. D. usufr. quem. cav.*

9) *L. 1. §. 3. D. usufr. quem. cav.* Cavere autem debet, *viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum*, hoc est, non deteriorem se causam ususfructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret.

10) *L. 1. §. 7. D. eod.* Sed stipulatur *restitutum iri, quod inde extabit.* Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beyspiel) fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipit. — *L. 2. D. eod.* Nam fructuarius *custodiam praestare* debet. Es ist dies ganz begreiflich. Denn so lange der Usufructuar die Sache in Händen hat, und administrirt, hat der Eigenthümer keine Gelegenheit, solche äussern Umstände von seiner Sache abzuwenden, welche den Untergang derselben nach sich ziehen können. Nun ist totaler Verlust der Sache für den Eigenthümer weit schmerzhafter, und weniger ersetzlich, als bloße Deterioration. Mit Recht verlangen daher die Gesetze, daß er jenen mit ganz vorzüglicher Aufmerksamkeit abzuwenden suche, so daß ihn nur der ungefähre Zufall von seiner Verbindlichkeit befreiet. In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 9. L. 2. heißt es daher

die möglichste Achtsamkeit zur Abwendung des totalen Verlusts der Sache wird im eigentlichen Sinn *custodia* genennt [11]). Diese wird von jedem guten Hausvater gefordert. Auf diese Art lassen sich die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten vereinigen, von denen einige [12]) behaupten, daß der Nutznießer für die culpa levissima, andere [13]), daß er nur für eine culpa levis hafte. Uebrigens

daher ganz recht: Πᾶσαν τὴν ἐπιμέλειαν ἐπιδέχεται τοῦ πράγματος, καὶ τὴν φυλακὴν ὁ λῃγατάριος ὁ καὶ τὴν χρῆσιν ἔχων. i. e. *Omnem diligentiam et custodiam praestare debet is, cui ususfructus legatus est.* Die *Custodia* geht nun nicht nur auf das möglichst sorgfältige Verhüten der völligen Destruction, sondern auch auf Abwendung des Diebstahls und der Usucapion durch andere. S. SCHOEMAN a. a. O. S. 249. ff. und WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 688. In der *L. 15. §. 7. D. h. t.* wird daher gesagt, daß der Usufructuar sich verantwortlich mache, wenn er Servituten, die dem Gute zustehen, durch vernachläßigten Gebrauch derselben eingehen läßt. Man sehe hier überhaupt noch *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 13. §. *Principio.*

11) §. *penult. I. de locat. L. 1. §. 4. D. de obligat. et act. L. 11. D. de peric. et comm. rei vend. L. 17. §. 4. D. de praescr. verb. L. 28. C. de loc. cond. L. 19. C. de pignor.* SCHOEMAN a. a. O.

12) CASTILLO de Usufr. cap. 20. nr. 17. CUJACIUS ad L. 2. D. Usufr. quem. cav. Tom. V. *Oper.* pag. 863. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 18. §. *Sequitur.* VOET Comm. h. t. §. 41. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sent. recept. Lib. III. Tit. 6. §. 27. not. 60. in *Iurispr. Antejust.* pag. 361. sq.

13) *de* COCCEJI iur. civ. h. t. Qu. 15. et EMMINGHAUS ad Eundem not. 2. et a.

Uebrigens bestimmt sich nun vieles nach dem bey jeder Sache ihrer Art nach ordentlichen Gebrauch. Denn so muß der Usufructuar die Gebäude in gutem Stande erhalten, und daher die nöthigen Reparaturen vornehmen, und dazu kann er gezwungen werden, ut sarta tecta habeat, wie Ulpian [14]) sagt. Es geht dies nicht bloß auf die Erhaltung dessen, was nöthig und nützlich ist, sondern auch auf die vorhandenen Verzierungen des Gebäudes [15]). Was durch Alterthum einfällt, braucht er nicht wieder herzustellen. Er kann aber auch die Restauration nicht von dem Proprietar verlangen. Geschieht sie von dem Letztern freywillig, so muß er auch dem Usufructuar daran den Nießbrauch gestatten. Der Nutznieſſer ist jedoch nur mäßige Reparaturen auf seine Kosten zu übernehmen verpflichtet, (*modica refectio* ad eum pertinet) [16]).

Für

14) *L. 7. §. 2. D. h. t.* Den Ausdruck sarta tecta hat sehr ausführlich *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad h. L. erläutert. Man sehe auch DONELLUS Lib. X. cap. 13. §. *Ex his* pag. 501. Wenn in der *L. 20. D. de damno inf.* gesagt wird: refectio aedium ad onus fructuarii *non pertinet*, so ist dies eine anerkannt unrichtige Leseart der florentinischen Pandecten. Es muß statt *non pertinet*, blos pertinet gelesen werden, wie *Io.* D'AVEZAN P. III. cap. 7. und *Siegm. Reich.* IAUCHIUS in Meditat. critic. de negationibus Pandect. florent. Cap. XVII. §. 21. pag. 316. sqq. gezeigt haben. In der Ausgabe des Baudoza steht auch das non nicht. Man vergleiche noch WESTPHAL §. 233. pag. 171.

15) *L. 7. §. 3. D. h. t.*

16) *L. 7. §. 2. cit.* Hätte der Proprietar in der Abwesenheit des Usufructuars eine solche Reparatur, quasi negotium eius gerens,

Für mäßig aber sind diejenigen zu halten, deren Aufwand den Werth des Nießbrauchs nicht übersteigt [17]). Hat er Kosten verwendet, die man ihm als Usufructuar nicht zumuthen konnte, so kann er deren Ersatz fordern [18]). War jedoch das eingefallene Gebäude der Ernte wegen dem Usufructuar unentbehrlich, so muß er es auf seine Kosten wieder herstellen, oder dem Proprietar, wenn es dieser gethan hat, die Kosten wieder erstatten [19]). Er kann sich aber auch, wenn der durch ihn zu bestreitende Aufwand zu beschwerlich fällt, seines Nießbrauchs begeben [20]). Jedoch macht ihn eine solche Dereliction von der Verbindlichkeit nicht frey, dasjenige, was er oder die Seinigen verdorben haben, wieder in Stand zu setzen [21]).

Der Usufructuar ist ferner verpflichtet, in Baumschulen (Seminarium) Fruchtgärten, Weinbergen und Holzungen, Windbrüche abgerechnet [22]), nachzupflanzen. Dafür

gerens, unternommen, so kann er actione negotiorum gestorum den Ersatz von dem Usufructuar fordern. *L. 48. D. h. t.*

17) S. *Ger.* CASTENDYK Diss. de iurib. et obligat. usufructuarii circa refectionem aedificior. §. 3. et §. 9.

18) *L. 7. C. h. t.*

19) *L. 50. D. h. t. L. 32. §. 5. D. de usu et usufr. leg.* S. VOET in Comm. h. t. §. 36.

20) *L. 48. pr. D. h. t. L. 64. D. eod.*

21) *L. 65. D. h. t.*

22) *L. 59. D. h. t.*

Dafür kann er sich das Holz von den abgestorbenen Bäumen zueignen [23])

Ist ihm der Nießbrauch von einer Heerde Vieh gegeben, so muß er die Heerde vollzählig erhalten, und den Abgang der Stücke aus dem Zuwachs ergänzen [24]). Von den abgestorbenen oder untauglich gewordenen alten wird dann der Usufructuar Eigenthümer, sobald deren Stelle durch die Nachzucht ersetzt ist [25]). Der Proprietar hingegen erwirbt das Eigenthum der jungen Zucht, die sonst dem Usufructuar, als Frucht, gehört, durch die Substitution [26]). Dieselbe geschieht jedoch nicht ipso jure, sondern erfordert eine Handlung von Seiten des Usufructuars, wodurch das Eigenthum der substituirten Jungen auf den Proprietar

23) *L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. L. 18. D. h. t.* S. BUDAEUS in Annotat. ad L. cit. 9. §. 6. h. t. und DAVEZAN P. III. cap. 7. §. Ex his pag. 142.

24) *L. 68. §. 2. L. 69. D. h. t. L. 70. pr. eod.*

25) *L. cit. 69. D. h. t.* Ut post substituta fiant *propria* fructuarii. Einige lesen fiant *priora* fructuarii. Z. B. D'AVEZAN P. III. cap. 7. pag. 142. und *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 39. I. de Rer. div. Diese Leseart billigt auch NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 17. Allein die gemeine Leseart kann füglich beybehalten werden. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XIII. not. b. pag. 230.

26) *L. 69. cit.* Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque *ex natura fructus* desinunt eius esse. Nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est: et, cum substituit, desinit eius esse. S. DONELLUS c. l. pag. 503.

prietar übertragen wird [27]). So lange dieses nicht geschehen ist, bleibt der Usufructuar Eigenthümer, und trägt auch den Schaden [28]). Er haftet jedoch immer nur für den natürlichen Abgang. Denn was durch unabwendliche Unglücksfälle zu Grunde geht, vertritt er nicht [29]). Er braucht auch nur den Abgang aus dem Fötus zu ergänzen, es geschehe nun entweder aus dem, welcher zur Zeit der entstandenen Verminderung schon vorhanden war, oder aus der künftigen Zucht [30]). Ist der Nießbrauch nicht von einer Heerde Vieh, sondern bloß von einzelnen Stücken eingeräumt; so ersetzt er auch nicht einmal den natürlichen Abgang [31]).

## §. 636. a.

### b) In Absicht auf die Lasten der Sache.

Die andere Hauptpflicht des Usufructuars ist, daß er alle, sowohl ordentliche als außerordentliche Lasten



27) *L. 70. §. 5. D. h. t.* *Summittere* autem facti est, et IULIANUS proprie dicit, dispertire et dividere, et divisionem quandam facere. *Quod dominium erit summissorum proprietarii.*

28) *L. 70. §. 1. et 2. D. h. t.*

29) S. DONELLI Comm. iur. civ. Lib. X. cap. 13. §. *Secundum* pag. 502.

30) Ist nach entstandenem Abgange kein Zuwachs von der Heerde mehr erfolgt, so muß die Ergänzung von dem Fötus geschehen, welcher zur Zeit des entstandenen Defects schon vorhanden war, wenn gleich derselbe eigentlich dem Usufructuar gehört. *L. 70. §. 4. D. h. t.* S. POTHIER h. t. Nr. XIII. not. f. und WESTPHAL §. 714. not. 641. pag. 474. sq.

31) *L. 70. §. 3. D. h. t.*

sten der Sache tragen muß [32]). Denn es ist der natürlichen Billigkeit gemäß, daß wer den Nutzen von einer Sache zieht, auch die damit verknüpften Beschwerden übernehme [33]). Es gehören dahin nicht nur alle öffentliche Realabgaben an Steuern, Grundzinß (Solarium) [34]), Proviantlieferungen, feindlichen Contributionen und andern öffentlichen Beyträgen [35]); sondern auch die auf dem nutz-

nieß-

32) *L. 7. §. 2. D. h. t. L. 27. §. 3. et L. 52. D. eod.* VOET h. t. §. 37 et 38 WESTPHAL §. 678. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 7. et ad Eundem HAUBOLD not. o. Tom. I. pag 345.

33) *L. 10. D. de Reg. iur.* Eben dieser Grund wird auch in der *L. 7. §. 2. D. h. t.* ausdrücklich angeführt.

34) In der *L. 7. §. 2. cit.* lieset zwar die Florentine *Salarium.* Allein *Em.* MERILLIUS in Comm. ad L. 3. D. de servitut. (bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 636.) und POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIII. not. k. haben bemerkt, daß die Haloandrinische Lesart *Solarium* richtiger sey, id est, quod pro solo penditur, cum quis in publico aedificavit. *L. 15. D. qui potior. in pign. L. 39. §. 5. D. de Legat. I. L. 2. §. 17. D. Ne quid in loco publ.*

35) In der *L. 27. §. 3. D. de Usufr.* geschieht des *Cloacarii* Erwähnung. Darunter wird der Beytrag zu den Kosten für Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Kloake verstanden. Ferner: *Si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur*; d. i. was zur Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Wasserleitungen von den Besitzern jährlich entrichtet werden mußte, durch deren Grundstück der Kanal gieng. S. *Car. God.* WINCKLER Diss. de iure impetratae aquae. *Lipsiae* 1749. §. 13. Ferner heißt es: Sed et si quid *ad collationem viae*, puto hoc quoque fructuarium subiturum; d. i. das Geld, welches

nützlichen Gute haftenden Privatlasten, als jährliche Zinsen, auch Alimente, die nach der Verordnung des Testirers aus dem Grundstück einer bestimmten Person gereicht werden sollen [36]). Ist er wegen des Nießbrauchs mit einem Dritten in einen Proceß gerathen, und die Kosten werden compensirt, so fallen auch diese Kosten dem Usufructuar zur Last [37]). Durch Uebereinkunft oder letzte Willensverordnung des Testirers können jedoch diese Lasten dem Usufructuar auf mancherley Art erleichtert werden [38]). Er kann auch vom Proprietar die außerordentlichen Lasten in soweit, als sie die Summe seines ganzen Gewinnes übersteigen, zurückfordern [39]).

§. 636. b.

ches die Grundbesitzer zu den Chausseen beytragen mußten. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus. d. i. die Fourageliefernngen und Einquartirungskosten bey Durchmärschen der Truppen. Endlich heißt es noch: et fisco *fusiones* praestare, haec onera ad fructuarium pertinebunt. Einige wollen hier functiones lesen. Allein der Ausdruck fusiones für öffentliche Abgaben und Steuern genommen, ist nicht ungewöhnlich. S. WESTPHAL pag. 450. not. a.

36) *L. 7. §. 2. D. h. t.* sagt: vel *alimenta ab ea re relicta.* So lieset die Florentine, statt *ab eo*, wie es in einigen Ausgaben heißt. Die Florentinische Leseart bestärken auch die Basiliken Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 246. καὶ τὰς ἐκ τοῦ πράγματος ἐκθεισάσας διατροφάς.

37) *Siegm. Frid.* RUMPEL Diss. de usufructuario fructuum domino. *Erfordiae* 1753. §. 23.

38) *L. 52. D. h. t.*

39) VOET h. t. §. 38. LEYSER Specim. CVI. medit. 3. WALCH Introduct. in Controv. iur. civ. Sect. II. cap. III. §. 7. HAUBOLD

## §. 636 b.

### Gegenseitige Pflichten des Proprietars.

Der Proprietar ist zwar durch den Nießbrauch, der einem Dritten an seiner Sache zusteht, nicht gehindert, über die Rechte seines Eigenthums zu verfügen [40]). Es darf nur nicht zum Schaden des Usufructuars geschehen [41]). Denn der Eigenthümer darf

1) den Nutznießer an der ihm zuständigen Benutzung auf keine Weise hindern, wenn dieser die Sache so gebraucht, wie es sein Recht mit sich bringt [42]).

2) Darf

BOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. n. Tom. I. pag. 345. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 614.

40) Der Proprietar kann daher die Sache veräußern, kann sie seinem Gläubiger verpfänden, auch ohne Einwilligung des Usufructuars, denn die Veräußerung geschieht ja salvo usufructu. *L. 2. C. h. t.* Er kann ferner zur Beschützung der Gränzen die nöthigen Verfügungen treffen. *L. 16. §. 1. D. de usu et habitat.* S. WESTPHAL §. 705. Auch dem Gute Servituten erwerben. Alles dies kann der Eigenthümer auch gegen den Willen des Usufructuars thun. *L. 15. §. 7. D. h. t.*

41) *L. 17. §. 1. D. h. t.* — ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius.

42) *L. 15. §. 6. D. h. t.* Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium, ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat. *Ita utentem* heißt eo modo utentem, ut in antecedentibus legis verbis descriptum est. Quod si faciat, non debet proprietarius ipsi obesse, et usumfructum quocunque modo minuere, id est, *deteriorem eius conditionem facere.* S. WESTPHAL §. 640. not. 570.

2) Darf nichts an der Sache wider den Willen des Nießbrauchers ändern, z. B. das nutznießliche Haus nicht höher bauen[43]); noch durch einen in seinem Eigenthum unternommenen Bau dem Usufructuar das Licht benehmen[44]). Darf auf die nutznießliche area kein Gebäude setzen[45]). Darf zum Nachtheil des Nießbrauchers dem fundo weder eine Servitut auflegen, noch eine demselben zustehende Servitut dem dienstbaren Gute erlassen[46]); noch sonst etwas von dem fundo, wovon der Nießbrauch gegeben ist, wegnehmen oder demoliren, was einmal dazu gehört, es sey ein Gebäude, oder auch nur ein Baum, den er selbst gepflanzt hätte[47]). Sollte der Proprietar sich dennoch dergleichen dem Rechte des Usufructuars nachtheilige Verfügungen erlaubt haben, so ist dieses entweder noch vor

43) *L. 13. §. 7. in fin. D. h. t.*

44) *L. 7. §. 1. D. eodem.* S. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. 37. not. h. pag. 234. Wird ihm das Licht nicht ganz genommen, sondern blos verdunkelt, so kann der Usufructuar dem Proprietar das Höherbauen in seinem Eigenthum nicht verbieten. *L. 10. D. de servitut. praed. urb.* Siehe oben S. 83.

45) *L. 7. §. 1. D. cit.*

46) *L. 15. §. 7. D. h. t.* Die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 1. L. 15. §. 5. haben statt *amittere servitutem*, παραχωρῆσαι δουλείαν, i. e. remitttere servitutem. Diese Lesart billigt auch IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 49.

47) *L. 12. D. de usu et usufr. leg.* Heres in fundo, cuius ususfructus legatus est, villam posuit, eam invito fructuario demolire non potest; nihilomagis quam si, quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet.

vor der Uebergabe geschehen, nachdem jedoch die Forderung des Nutznießers schon entstanden war; oder nach constituirtem Nießbrauche. Im ersten Falle kann der Usufructuar mit der Klage aus dem Testament oder Contract das Interesse verlangen [48]). In dem letztern aber kann er sich des Interdicti quod vi aut clam, oder der actionis de dolo bedienen [49]).

48) *L. 2. D. Si usufr. pet.* Siehe oben S. 73. und WESTPHAL §. 705. Not. 633.

49) *L. 5. §. ult. L. 6. D. Quib. mod. usufr. amitt.* Si areae sit usufructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Plane si proprietarius hac fecit, *ex testamento* vel *de dolo* tenebitur. Sed et interdictum *quod vi aut clam* usufructuario competit.

---

## Zusätze.

S. 9. Z. 22. ist nach dem Worte genennt. noch hinzuzufügen. Pomponius hat dieses sehr bestimmt angegeben, wenn er *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* sagt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

S. 203. Z. 15. ist statt vivarii, *vivaria* zu lesen.

debitur viri boni arbitratu frui. Ganz anders verhält sich die Sache

bb) mit Gebäuden. Bey diesen beschränken sich die Befugnisse des Nutznießers auf ein bloßes Erhalten (tueri) dessen, was einmal vorhanden ist. Neuerungen darf er nicht vornehmen, wenn auch das Gebäude dadurch verbessert würde, nur allenfalls Verzierungen, die immer wieder weggenommen werden können, und nicht Theile des Gebäudes selbst werden, darf er anbringen. Neratius sagt *L.* 44. *D. h. t.* Usufructuarius novum tectorium [91]) parie-

ad Pand. Diss. VIII. §. 2. substituirt *baiulorum.* Allein alle diese Emendationen sind unnöthig, wie schon *Io. Gottfr.* SAMMET in Opuscul. pag. 231. gezeigt hat. Man kann die florentinische Lesart füglich beybehalten, man verstehe nur nicht mit Cujaz unter *legulis* diejenigen, qui oleas aut uvas legunt. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß diese Bedeutung bey den Scriptoribus rei rusticae vorkommt. Allein sie paßt nicht hierher, wo von Metallgruben die Rede ist. Das Wort hat mehrere Bedeutungen. *Leguli* werden, wie *Casp.* BARTH Adversarior. Lib. XXXV. cap. 18. in fin. bemerkt hat, auch diejenigen genennt, qui aurum ex cavernis terrae legunt et colligunt.

91) *Tectorium* heißt hier nicht blos Uebertünchung der Wände mit Kalk, sondern es war eine splendide Incrustation der Wände, die von Gyps und gestoßenem Marmor verfertiget wurde, und worauf unter allerey Verzierungen Spiegel, Gemälde, auch Figuren angebracht waren. In den Speisesälen war das Tectorium mit Gesimsen versehen, welche auf Säulen ruheten, worauf man die silbernen Trinkgeschirre zur Zierde aufstellte. S. VITRUVIUS de architectura Lib. II. cap. 4. et Lib. VII. cap. 3. PLINIUS H. N. Lib. 36. cap. 23. Hieraus erklärt sich, wenn

parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest: quia, tametsi meliorem, excolendo aedificium, domini causam facturus esset, non tamen id *iure suo* [92]) facere potest; aliudque est, *tueri*, quod accepisset, *an novum faceret* [93]). Und Ulpian *L.* 13. §. 7. *D. h. t.* Sed si aedium ususfructus legatus sit, *Nerva* filius, et lumina immittere eum posse, ait: sed et colores, et picturas, et marmora poterit, et sigilla (Statüen), et si quid ad domus ornatum. Warum es bey Gebäuden anders, als bey den Landgütern sey, ist eine Frage, worauf die Rechtsausleger sehr verschiedene Antworten

wenn *L. 7. §. ult. D. h. t. L. 79. §. ult. D. V. S.* und *L. 3. §. 4. D. de in rem verso* gesagt wird, die Tectoria gehörten mehr ad voluptatem, quam ad utilitatem. Da also dergleichen Verzierungen vielleicht der Eigenthümer selbst nicht würde haben machen lassen, so konnte man auch nicht annehmen, daß ihm damit gedient sey, wenn es der Usufructuar that. *Nec enim debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset,* sagt *L. 3. §. 4. cit.* Von den Tectoriis handeln auch *Guil.* BUDAEUS in Annotation. ad Pandect. pag. 138. sq. und *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. pag. 337. sq.

92) Was *suo iure* heißt, erklärt *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad h. L. pag. 114. Hier heißt es wohl soviel, als: er kann eine solche Neuerung nicht in der Eigenschaft eines Usufructuars vermöge seines Nutznießungsrechts unternehmen. Ein anders ist, was er als Mandatar des Eigenthümers, oder in der Eigenschaft eines negotiorum gestoris thut.

93) IENSIUS in Strictur. pag. 59. will hier richtiger: *quam novum facere* lesen.

ten geben. Voet[94]) giebt folgenden Grund an: Aedium fructuarius formam earum mutare nequit, etsi meliora repositurus, *ne publicus urbis aspectus deformetur aedificiis disiectis:* at qui fundi habet usumfructum, id potest, *cessante tunc publici aspectus favore.* Dieser Grund möchte aber wohl schwerlich Jemanden befriedigen. Scharfsinniger ist der Grund, den Cocceji[95]) angiebt; nämlich bey Landgütern betreffe die dem Usufructuar *L.* 13. §. 5. *et* 6. *D. h. t.* gestattete Veränderung nicht sowohl die Sache selbst, als vielmehr deren Gebrauch. Nur eine *mutatio usus* sey dem Nutznießer erlaubt. Diese lasse sich aber bey Gebäuden nicht ohne eine Aenderung der Sache selbst gedenken. Allein auch dadurch wird die Sache noch nicht vollkommen aufgeklärt. Der wahre Grund des Unterschiedes liegt in der Natur der Sache selbst. Denn bey dem usufructu fundi erstreckt sich das Recht des Nutznießers auf alle, wenn gleich noch so verschiedenartige, Theile des Grundstücks. Ihm gehören daher nicht nur die Früchte, welche die Oberfläche desselben dem Auge darstellt, sondern auch die unter der Erdfläche verborgenen innern Erzeugnisse des Grundstücks. Deswegen darf er nicht nur die Metall- und Steingruben, welche der Eigenthümer bereits eröffnet hat, zu seinem Vortheil bearbeiten, sondern er kann auch selbst Bergwerke anlegen, und, so weit ihm dieses erlaubt ist, die ihm in seinem Vorhaben entgegenstehende Hindernisse aus dem Wege räumen. Allein bey Gebäuden hat das Recht des Usufructuars nur die

94) Commentar. h. t. §. 24.

95) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8.

die Superficies zum Gegenstande, und diese darf durchaus nicht umgestaltet werden, wenn sie gleich durch die Veränderung verbessert würde [96]). Hiernach erklärt sich nun, warum der Nutznießer eines Gebäudes dasselbe nicht erweitern [97]) (ampliare) oder tectoria, pavimenta et similia da anbringen darf, wo sie vorher nicht waren [98]), und warum er nichts Nutzbares wegnehmen darf, auch wenn er etwas Besseres an dessen Stelle setzen will. Warum ihm ferner nicht erlaubt ist, Veränderungen mit der innern Einrichtung des Hauses und dessen Zimmern vorzunehmen [99]), oder das Haus höher zu bauen [100]); und warum

96) S. *Ger.* CASTENDYK Diss. de iuribus et obligationibus usufructuarii circa refectionem aedificiorum. *Goett.* 1792. §. 8.

97) *L. 7. §. 3. L. 8. D. h. t.* Neque autem *ampliare*, nec utile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit. Quae sententia vera est.

98) *L. 44. D. h. t.*

99) *L. 13. §. 7. D. h. t.* Sed neque diaetas (Zimmer) transformare, vel conjungere, aut separare ei permittetur: vel aditus posticasque vertere, (i. e. er darf die Thüren des Hauses, weder die zum Eingange in dasselbe, noch die zum Ausgange aus dem Hintergebäude oder die Hinterthüren verändern), vel refugia (unterirdische Gänge, wo man in Nothfällen hinflüchten kann), aperire, vel atrium (Vorsaal) mutare: vel viridaria (Lustgärten) ad alium modum convertere. *Excolere enim, quod invenit, potest, qualitate aedium non immutata.*

100) *L. 13. §. 7. cit.* Item *Nerva*, eum, cui aedium usus-fructus legatus sit, *altius tollere non posse*, quamvis lumina non obscurentur: *quia tectum magis turbatur* (sc. vento).

warum er endlich ein von dem Eigenthümer angefangenes Gebäude nicht vollenden darf, selbst wenn er auch wegen unvollständiger Beschaffenheit desselben keinen Nutzen davon haben kann [1]). Zwar könnte in allen diesen Fällen das Gebäude vielleicht eine bessere Gestalt erhalten, oder schöner und nutzbarer werden; allein es könnten auch eben so leicht diese Veränderungen für den Proprietar von nachtheiligen Folgen seyn, wenigstens ist es doch immer ungewiß, ob sie es nicht seyn werden. Führt z. B. der Usufructuar das Gebäude höher auf, so ist das Dach mehr dem Winde ausgesetzt, und kostbarer zu unterhalten. Macht er neue Einrichtungen im Innern des Hauses, so steht es sehr dahin, ob sie auch gerade für die Lage des Proprietars passend sind. Vielleicht erfordern sie mehr Feuerungsmaterial, um die Zimmer zu erheitzen, oder letztere sind nach der neuen Einrichtung kostbarer zu meubliren u. d.

Wird

1) *L. 61. D. h. t.* Aedificium inchoatum usufructuarium *consummare non posse*, placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit: sed nec eius quidem usumfructum esse, nisi in constituendo, vel legendo usufructu, hoc specialiter adiectum sit, ut utrumque ei liceat. Viele machen jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Usufructuar weiter nichts, als den Nießbrauch eines Gebäudes erhalten hätte, und dieses ohne Vollendung nutzlos seyn würde. S. HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. §. 6. pag. 339. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 8. (bey MEERMAN T. IV. pag. 143.) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. m. Tom. II. pag. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 611. a. E. Was übrigens der Usufructuar einmal erbauet hat, darf er nicht wieder wegnehmen, noch abbrechen. *L. 15. pr. D. h. t.*

Wird endlich das unvollendete Gebäude ausgebaut, so hat der Proprietar auch künftig mehr zu unterhalten [2]).

## §. 635. b.

### Pflichten des Nutznießers, a) in Absicht auf die Erhaltung der Sache.

Um die Substanz der Sache zu erhalten, worin die erste Hauptpflicht des Usufructuars besteht, ist er verbunden, die Sache, ihrer Bestimmung gemäß, als ein guter Wirth zu gebrauchen [3]). Thut er dieses, so darf er für keine Deterioration haften [4]), wenn auch die Sache bey diesem Gebrauche ganz zu Grunde gehen sollte [5]). Sonst aber ist der Nutznießer nicht nur dem Proprietar für alles *damnum iniuria datum* durch die Lex Aquilia verhaftet [6]); sondern

2) S. Hagemeister über fr. 13. §. 5. D. de usufr. in Hugo civilist. Magazin 3. Band S. 268. f.

3) *L. 9. pr. D. h. t.* Item si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut *boni viri arbitratu fruatur.* Nam et CELSUS *libro 18. Digestorum* scribit, cogi eum posse recte colere. — *L. 65. pr. D. h. t.* Debet enim omne, *quod diligens paterfamilias in sua domo facit*, et ipse facere.

4) *L. 9. in fin. D. usufr. quem. cav.* (S. §. 631. S. 162.) Man sehe hier vorzüglich DONELLI Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 13.

5) *L. 12. §. 1. D. h. t.* Navis usufructu legato, navigandum mittendam puto, *licet naufragii periculum immineat:* navis enim ad hoc paratur, ut naviget.

6) *L. 13. §. 2. D. h. t. L. 15. §. 3. L. 66. D. h. t.*

sondern er ist auch für schädliche Unthätigkeit verantwortlich [7]). Er muß daher dem Eigenthümer Caution leisten: *se boni viri arbitratu usurum fruiturum, et, finito usufructu, restiturum, quod inde extabit* [8]). In diesem Versprechen liegt die Zusicherung, nicht nur für alle Deterioration zu stehen, wenn ihm dabey eine culpa levis zur Last fallen sollte [9]), sondern auch custodiam zu prästiren, wenn durch irgend ein Versehen desselben die Sache ganz zu Grunde oder verlohren gehen sollte [10]). Denn die

7) S. SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 343. ff.

8) *L. 13. pr. D. h. t. L. 1. pr. D. usufr. quem. cav.*

9) *L. 1. §. 3. D. usufr. quem. cav.* Cavere autem debet, *viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum*, hoc est, non deteriorem se causam ususfructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret.

10) *L. 1. §. 7. D. eod.* Sed stipulatur *restitutum iri, quod inde extabit.* Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beyspiel) fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipit. — *L. 2. D. eod.* Nam fructuarius *custodiam praestare* debet. Es ist dies ganz begreiflich. Denn so lange der Usufructuar die Sache in Händen hat, und administrirt, hat der Eigenthümer keine Gelegenheit, solche äussern Umstände von seiner Sache abzuwenden, welche den Untergang derselben nach sich ziehen können. Nun ist totaler Verlust der Sache für den Eigenthümer weit schmerzhafter, und weniger ersetzlich, als bloße Deterioration. Mit Recht verlangen daher die Gesetze, daß er jenen mit ganz vorzüglicher Aufmerksamkeit abzuwenden suche, so daß ihn nur der ungefähre Zufall von seiner Verbindlichkeit befreiet. In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 9. L. 2. heißt es daher

die möglichste Achtsamkeit zur Abwendung des totalen Verlusts der Sache wird im eigentlichen Sinn *custodia* genennt [11]). Diese wird von jedem guten Hausvater gefordert. Auf diese Art lassen sich die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten vereinigen, von denen einige [12]) behaupten, daß der Nutznießer für die culpa levissima, andere [13]), daß er nur für eine culpa levis hafte. Uebri-

daher ganz recht: Πᾶσαν τὴν ἐπιμέλειαν ἐπιδέχεται τοῦ πράγματος, καὶ τὴν φυλακὴν ὁ λῃγαταίριος ὃ καὶ τὴν χρῆσιν ἔχων. i. e. *Omnem diligentiam et custodiam praestare debet is, cui ususfructus legatus est.* Die *Custodia* geht nun nicht nur auf das möglichst sorgfältige Verhüten der völligen Destruction, sondern auch auf Abwendung des Diebstahls und der Usucapion durch andere. S. SCHOEMAN a. a. O. S. 249. ff. und WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 688. In der *L. 15. §. 7. D. h. t.* wird daher gesagt, daß der Usufructuar sich verantwortlich mache, wenn er Servituten, die dem Gute zustehen, durch vernachläßigten Gebrauch derselben eingehen läßt. Man sehe hier überhaupt noch *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 13. §. *Principio.*

11) *§. penult. I. de locat. L. 1. §. 4. D. de obligat. et act. L. 11. D. de peric. et comm. rei vend. L. 17. §. 4. D. de praescr. verb. L. 28. C. de loc. cond. L. 19. C. de pignor.* SCHOEMAN a. a. O.

12) CASTILLO de Usufr. cap. 20. nr. 17. CUJACIUS ad L. 2. D. Usufr. quem. cav. Tom. V. *Oper.* pag. 863. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 18. §. *Sequitur.* VOET Comm. h. t. §. 41. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sent. recept. Lib. III. Tit. 6. §. 27. not. 60. in *Iurispr. Antejust.* pag. 361. sq.

13) *de* COCCEJI iur. civ. h. t. Qu. 15. et EMMINGHAUS ad Eundem not. 2. et a.

Uebrigens bestimmt sich nun vieles nach dem bey jeder Sache ihrer Art nach ordentlichen Gebrauch. Denn so muß der Usufructuar die Gebäude in gutem Stande erhalten, und daher die nöthigen Reparaturen vornehmen, und dazu kann er gezwungen werden, ut sarta tecta habeat, wie Ulpian [14]) sagt. Es geht dies nicht bloß auf die Erhaltung dessen, was nöthig und nützlich ist, sondern auch auf die vorhandenen Verzierungen des Gebäudes [15]). Was durch Alterthum einfällt, braucht er nicht wieder herzustellen. Er kann aber auch die Restauration nicht von dem Proprietar verlangen. Geschieht sie von dem Letztern freywillig, so muß er auch dem Usufructuar daran den Nießbrauch gestatten. Der Nutzniesser ist jedoch nur mäßige Reparaturen auf seine Kosten zu übernehmen verpflichtet, (*modica refectio* ad eum pertinet) [16]).

Für

14) *L. 7. §. 2. D. h. t.* Den Ausdruck sarta tecta hat sehr ausführlich *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad h. L. erläutert. Man sehe auch DONELLUS Lib. X. cap. 13. §. *Ex his* pag. 501. Wenn in der *L. 20. D. de damno inf.* gesagt wird: refectio aedium ad onus fructuarii *non pertinet*, so ist dies eine anerkannt unrichtige Leseart der florentinischen Pandecten. Es muß statt *non pertinet*, blos pertinet gelesen werden, wie *Io.* D'AVEZAN P. III. cap. 7. und *Siegm. Reich.* IAUCHIUS in Meditat. critic. de negationibus Pandect. florent. Cap. XVII. §. 21. pag. 316. sqq. gezeigt haben. In der Ausgabe des Baudoza steht auch das non nicht. Man vergleiche noch WESTPHAL §. 233. pag. 171.

15) *L. 7. §. 3. D. h. t.*

16) *L. 7. §. 2. cit.* Hätte der Proprietar in der Abwesenheit des Usufructuars eine solche Reparatur, quasi negotium eius gerens,

Für mäßig aber sind diejenigen zu halten, deren Aufwand den Werth des Nießbrauchs nicht übersteigt [17]). Hat er Kosten verwendet, die man ihm als Usufructuar nicht zumuthen konnte, so kann er deren Ersatz fordern [18]). War jedoch das eingefallene Gebäude der Ernte wegen dem Usufructuar unentbehrlich, so muß er es auf seine Kosten wieder herstellen, oder dem Proprietar, wenn es dieser gethan hat, die Kosten wieder erstatten [19]). Er kann sich aber auch, wenn der durch ihn zu bestreitende Aufwand zu beschwerlich fällt, seines Nießbrauchs begeben [20]). Jedoch macht ihn eine solche Dereliction von der Verbindlichkeit nicht frey, dasjenige, was er oder die Seinigen verdorben haben, wieder in Stand zu setzen [21]).

Der Usufructuar ist ferner verpflichtet, in Baumschulen (Seminarium) Fruchtgärten, Weinbergen und Holzungen, Windbrüche abgerechnet [22]), nachzupflanzen. Dafür

gerens, unternommen, so kann er actione negotiorum gestorum den Ersatz von dem Usufructuar fordern. *L. 48. D. h. t.*

17) S. *Ger.* CASTENDYK Diss. de iurib. et obligat. usufructuarii circa refectionem aedificior. §. 3. et §. 9.

18) *L. 7. C. h. t.*

19) *L. 50. D. h. t. L. 32. §. 5. D. de usu et usufr. leg.* S. VOET in Comm. h. t. §. 36.

20) *L. 48. pr. D. h. t. L. 64. D. eod.*

21) *L. 65. D. h. t.*

22) *L. 59. D. h. t.*

Dafür kann er sich das Holz von den abgestorbenen Bäumen zueignen [23])

Ist ihm der Nießbrauch von einer Heerde Vieh gegeben, so muß er die Heerde vollzählig erhalten, und den Abgang der Stücke aus dem Zuwachs ergänzen [24]). Von den abgestorbenen oder untauglich gewordenen alten wird dann der Usufructuar Eigenthümer, sobald deren Stelle durch die Nachzucht ersetzt ist [25]). Der Proprietar hingegen erwirbt das Eigenthum der jungen Zucht, die sonst dem Usufructuar, als Frucht, gehört, durch die Substitution [26]). Dieselbe geschieht jedoch nicht ipso jure, sondern erfordert eine Handlung von Seiten des Usufructuars, wodurch das Eigenthum der substituirten Jungen auf den Proprietar

23) *L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. L. 18. D. h. t.* S. BUDAEUS in Annotat. ad L. cit. 9. §. 6. h. t. und DAVEZAN P. III. cap. 7. §. Ex his pag. 142.

24) *L. 68. §. 2. L. 69. D. h. t. L. 70. pr. eod.*

25) *L. cit. 69. D. h. t.* Ut post substituta fiant *propria* fructuarii. Einige lesen fiant *priora* fructuarii. Z. B. D'AVEZAN P. III. cap. 7. pag. 142. und *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 39. I. de Rer. div. Diese Leseart billigt auch NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 17. Allein die gemeine Leseart kann füglich beybehalten werden. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XIII. not. b. pag. 230.

26) *L. 69. cit.* Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque *ex natura fructus* desinunt eius esse. Nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est: et, cum substituit, desinit eius esse. S. DONELLUS c. l. pag. 503.

prietar übertragen wird [27]). So lange dieses nicht geschehen ist, bleibt der Usufructuar Eigenthümer, und trägt auch den Schaden [28]). Er haftet jedoch immer nur für den natürlichen Abgang. Denn was durch unabwendliche Unglücksfälle zu Grunde geht, vertritt er nicht [29]). Er braucht auch nur den Abgang aus dem Fötus zu ergänzen, es geschehe nun entweder aus dem, welcher zur Zeit der entstandenen Verminderung schon vorhanden war, oder aus der künftigen Zucht [30]). Ist der Nießbrauch nicht von einer Heerde Vieh, sondern bloß von einzelnen Stücken eingeräumt; so ersetzt er auch nicht einmal den natürlichen Abgang [31]).

## §. 636. a.

### b) In Absicht auf die Lasten der Sache.

Die andere Hauptpflicht des Usufructuars ist, daß er alle, sowohl ordentliche als außerordentliche Lasten



27) *L. 70. §. 5. D. h. t.* *Summittere* autem facti est, et IULIANUS proprie dicit, dispertire et dividere, et divisionem quandam facere. *Quod dominium erit summissorum proprietarii.*

28) *L. 70. §. 1. et 2. D. h. t.*

29) S. DONELLI Comm. iur. civ. Lib. X. cap. 13. §. *Secundum* pag. 502.

30) Ist nach entstandenem Abgange kein Zuwachs von der Heerde mehr erfolgt, so muß die Ergänzung von dem Fötus geschehen, welcher zur Zeit des entstandenen Defects schon vorhanden war, wenn gleich derselbe eigentlich dem Usufructuar gehört. *L. 70. §. 4. D. h. t.* S. POTHIER h. t. Nr. XIII. not. f. und WESTPHAL §. 714. not. 641. pag. 474. sq.

31) *L. 70. §. 3. D. h. t.*

ſten der Sache tragen muß[32]). Denn es iſt der natürlichen Billigkeit gemäß, daß wer den Nutzen von einer Sache zieht, auch die damit verknüpften Beſchwerden übernehme[33]). Es gehören dahin nicht nur alle öffentliche Realabgaben an Steuern, Grundzinß (Solarium)[34]), Proviantlieferungen, feindlichen Contributionen und andern öffentlichen Beyträgen[35]); ſondern auch die auf dem nutz-

nieß-

32) *L. 7. §. 2. D. h. t. L. 27. §. 3. et L. 52. D. eod.* VOET h. t. §. 37 et 38 WESTPHAL §. 678. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 7. et ad Eundem HAUBOLD not. o. Tom. I. pag. 345.

33) *L. 10. D. de Reg. iur.* Eben dieſer Grund wird auch in der *L. 7. §. 2. D. h. t.* ausdrücklich angeführt.

34) In der *L. 7. §. 2. cit.* lieſet zwar die Florentine *Salarium.* Allein *Em.* MERILLIUS in Comm. ad L. 3. D. de ſervitut. (bey OTTO in *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 636.) und POTHIER in Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIII. not. k. haben bemerkt, daß die Haloandriniſche Leſeart *Solarium* richtiger ſey, id eſt, quod pro ſolo penditur, cum quis in publico aedificavit. *L. 15. D. qui potior. in pign. L. 39. §. 5. D. de Legat. I. L. 2. §. 17. D. Ne quid in loco publ.*

35) In der *L. 27. §. 3. D. de Uſufr.* geſchieht des *Cloacarii* Erwähnung. Darunter wird der Beytrag zu den Koſten für Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Kloake verſtanden. Ferner: *Si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum tranſit, pendatur*; d. i. was zur Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Waſſerleitungen von den Beſitzern jährlich entrichtet werden mußte, durch deren Grundſtück der Kanal gieng. S. *Car. God.* WINCKLER Diſſ. de iure impetratae aquae. *Lipſiae* 1749. §. 13. Ferner heißt es: Sed et ſi quid *ad collationem viae*, puto hoc quoque fructuarium ſubiturum; d. i. das Geld, welches

nützlichen Gute haftenden Privatlasten, als jährliche Zinsen, auch Alimente, die nach der Verordnung des Testirers aus dem Grundstück einer bestimmten Person gereicht werden sollen [36]). Ist er wegen des Nießbrauchs mit einem Dritten in einen Proceß gerathen, und die Kosten werden compensirt, so fallen auch diese Kosten dem Usufructuar zur Last [37]). Durch Uebereinkunft oder letzte Willensverordnung des Testirers können jedoch diese Lasten dem Usufructuar auf mancherley Art erleichtert werden [38]). Er kann auch vom Proprietar die außerordentlichen Lasten in soweit, als sie die Summe seines ganzen Gewinnes übersteigen, zurückfordern [39]).

§. 636. b.

ches die Grundbesitzer zu den Chausseen beytragen mußten. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus. d. i. die Fourageliefernngen und Einquartirungskosten bey Durchmärschen der Truppen. Endlich heißt es noch: et fisco *fusiones* praestare, haec onera ad fructuarium pertinebunt. Einige wollen hier functiones lesen. Allein der Ausdruck fusiones für öffentliche Abgaben und Steuern genommen, ist nicht ungewöhnlich. S. WESTPHAL pag. 450. not. a.

36) *L. 7. §. 2. D. h. t.* sagt: vel *alimenta ab ea re relicta.* So lieset die Florentine, statt *ab eo*, wie es in einigen Ausgaben heißt. Die Florentinische Leseart bestärken auch die Basiliken Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 246. καὶ τὰς ἐκ τοῦ πράγματος ἐκθεισάσας διατροφάς.

37) *Segm. Frid.* RUMPEL Diss. de usufructuario fructuum domino. *Erfordiae* 1753. §. 23.

38) *L. 52. D. h. t.*

39) VOET h. t. §. 38. LEYSER Specim. CVI. medit. 3. WALCH Introduct. in Controv. iur. civ. Sect. II. cap. III. §. 7. HAUBOLD

Dafür kann er sich das Holz von den abgestorbenen Bäumen zueignen [23])

Ist ihm der Nießbrauch von einer Heerde Vieh gegeben, so muß er die Heerde vollzählig erhalten, und den Abgang der Stücke aus dem Zuwachs ergänzen [24]). Von den abgestorbenen oder untauglich gewordenen alten wird dann der Usufructuar Eigenthümer, sobald deren Stelle durch die Nachzucht ersetzt ist [25]). Der Proprietar hingegen erwirbt das Eigenthum der jungen Zucht, die sonst dem Usufructuar, als Frucht, gehört, durch die Substitution [26]). Dieselbe geschieht jedoch nicht ipso jure, sondern erfordert eine Handlung von Seiten des Usufructuars, wodurch das Eigenthum der substituirten Jungen auf den Proprietar

23) *L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. L. 18. D. h. t.* S. BUDAEUS in Annotat. ad L. cit. 9. §. 6. h. t. und DAVEZAN P. III. cap. 7. §. Ex his pag. 142.

24) *L. 68. §. 2. L. 69. D. h. t. L. 70. pr. eod.*

25) *L. cit. 69. D. h. t.* Ut post substituta fiant *propria* fructuarii. Einige lesen fiant *priora* fructuarii. Z. B. D'AVEZAN P. III. cap. 7. pag. 142. und *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 39. I. de Rer. div. Diese Leseart billigt auch NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 17. Allein die gemeine Leseart kann füglich beybehalten werden. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XIII. not. b. pag. 230.

26) *L. 69. cit.* Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque *ex natura fructus* desinunt eius esse. Nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est: et, cum substituit, desinit eius esse. S. DONELLUS c. l. pag. 503.

prietar übertragen wird [27]). So lange dieses nicht geschehen ist, bleibt der Usufructuar Eigenthümer, und trägt auch den Schaden [28]). Er haftet jedoch immer nur für den natürlichen Abgang. Denn was durch unabwendliche Unglücksfälle zu Grunde geht, vertritt er nicht [29]). Er braucht auch nur den Abgang aus dem Fötus zu ergänzen, es geschehe nun entweder aus dem, welcher zur Zeit der entstandenen Verminderung schon vorhanden war, oder aus der künftigen Zucht [30]). Ist der Nießbrauch nicht von einer Heerde Vieh, sondern bloß von einzelnen Stücken eingeräumt; so ersetzt er auch nicht einmal den natürlichen Abgang [31]).

## §. 636. a.

### b) In Absicht auf die Lasten der Sache.

Die andere Hauptpflicht des Usufructuars ist, daß er alle, sowohl ordentliche als außerordentliche Lasten



27) *L. 70. §. 5. D. h. t.* *Summittere* autem facti est, et IULIANUS proprie dicit, dispertire et dividere, et divisionem quandam facere. *Quod dominium erit summissorum proprietarii.*

28) *L. 70. §. 1. et 2. D. h. t.*

29) S. DONELLI Comm. iur. civ. Lib. X. cap. 13. §. *Secundum* pag. 502.

30) Ist nach entstandenem Abgange kein Zuwachs von der Heerde mehr erfolgt, so muß die Ergänzung von dem Fötus geschehen, welcher zur Zeit des entstandenen Defects schon vorhanden war, wenn gleich derselbe eigentlich dem Usufructuar gehört. *L. 70. §. 4. D. h. t.* S. POTHIER h. t. Nr. XIII. not. f. und WESTPHAL §. 714. not. 641. pag. 474. sq.

31) *L. 70. §. 3. D. h. t.*

ſten der Sache tragen muß[32]). Denn es iſt der natürlichen Billigkeit gemäß, daß wer den Nutzen von einer Sache zieht, auch die damit verknüpften Beſchwerden übernehme[33]). Es gehören dahin nicht nur alle öffentliche Realabgaben an Steuern, Grundzinß (Solarium)[34]), Proviantlieferungen, feindlichen Contributionen und andern öffentlichen Beyträgen[35]); ſondern auch die auf dem nutz-

nieß-

32) *L. 7. §. 2. D. h. t. L. 27. §. 3. et L. 52. D. eod.* VOET h. t. §. 37 et 38 WESTPHAL §. 678. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 7. et ad Eundem HAUBOLD not. o. Tom. I. pag. 345.

33) *L. 10. D. de Reg. iur.* Eben dieſer Grund wird auch in der *L. 7. §. 2. D. h. t.* ausdrücklich angeführt.

34) In der *L. 7. §. 2. cit.* lieſet zwar die Florentine *Salarium.* Allein *Em.* MERILLIUS in Comm. ad L. 3. D. de ſervitut. (bey OTTO in *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 636.) und POTHIER in Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIII. not. k. haben bemerkt, daß die Haloandriniſche Leſeart *Solarium* richtiger ſey, id eſt, quod pro ſolo penditur, cum quis in publico aediſicavit. *L. 15. D. qui potior. in pign. L. 39. §. 5. D. de Legat. I. L. 2. §. 17. D. Ne quid in loco publ.*

35) In der *L. 27. §. 3. D. de Uſufr.* geſchieht des *Cloacarii* Erwähnung. Darunter wird der Beytrag zu den Koſten für Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Kloake verſtanden. Ferner: *Si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum tranſit, pendatur*; d. i. was zur Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Waſſerleitungen von den Beſitzern jährlich entrichtet werden mußte, durch deren Grundſtück der Kanal gieng. S. *Car. God.* WINCKLER Diſſ. de iure impetratae aquae. *Lipſiae* 1749. §. 13. Ferner heißt es: Sed et ſi quid *ad collationem viae*, puto hoc quoque fructuarium ſubiturum; d. i. das Geld, welches

nützlichen Gute haftenden Privatlasten, als jährliche Zinsen, auch Alimente, die nach der Verordnung des Testirers aus dem Grundstück einer bestimmten Person gereicht werden sollen [36]). Ist er wegen des Nießbrauchs mit einem Dritten in einen Proceß gerathen, und die Kosten werden compensirt, so fallen auch diese Kosten dem Usufructuar zur Last [37]). Durch Uebereinkunft oder letzte Willensverordnung des Testirers können jedoch diese Lasten dem Usufructuar auf mancherley Art erleichtert werden [38]). Er kann auch vom Proprietar die außerordentlichen Lasten in soweit, als sie die Summe seines ganzen Gewinnes übersteigen, zurückfordern [39]).

§. 636. b.

ches die Grundbesitzer zu den Chausseen beytragen mußten. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus. d. i. die Fourageliefernngen und Einquartirungskosten bey Durchmärschen der Truppen. Endlich heißt es noch: et fisco *fusiones* praestare, haec onera ad fructuarium pertinebunt. Einige wollen hier functiones lesen. Allein der Ausdruck fusiones für öffentliche Abgaben und Steuern genommen, ist nicht ungewöhnlich. S. WESTPHAL pag. 450. not. a.

36) *L. 7. §. 2. D. h. t.* sagt: vel *alimenta ab ea re relicta.* So lieset die Florentine, statt *ab eo*, wie es in einigen Ausgaben heißt. Die Florentinische Leseart bestärken auch die Basiliken Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 246. καὶ τὰς ἐκ τοῦ πράγματος ἐκθεισας διατροφάς.

37) *Siegm. Frid.* RUMPEL Diss. de usufructuario fructuum domino. *Erfordiae* 1753. §. 23.

38) *L. 52. D. h. t.*

39) VOET h. t. §. 38. LEYSER Specim. CVI. medit. 3. WALCH Introduct. in Controv. iur. civ. Sect. II. cap. III. §. 7. HAUBOLD

## §. 636 b.

### Gegenseitige Pflichten des Proprietars.

Der Proprietar ist zwar durch den Nießbrauch, der einem Dritten an seiner Sache zusteht, nicht gehindert, über die Rechte seines Eigenthums zu verfügen[40]). Es darf nur nicht zum Schaden des Usufructuars geschehen[41]). Denn der Eigenthümer darf

1) den Nutznießer an der ihm zuständigen Benutzung auf keine Weise hindern, wenn dieser die Sache so gebraucht, wie es sein Recht mit sich bringt[42]).

2) Darf

BOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. n. Tom. I. pag. 345. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 614.

40) Der Proprietar kann daher die Sache veräußern, kann sie seinem Gläubiger verpfänden, auch ohne Einwilligung des Usufructuars, denn die Veräußerung geschieht ja salvo usufructu. *L.* 2. *C. h. t.* Er kann ferner zur Beschützung der Gränzen die nöthigen Verfügungen treffen. *L. 16. §. 1. D. de usu et habitat.* S. WESTPHAL §. 705. Auch dem Gute Servituten erwerben. Alles dies kann der Eigenthümer auch gegen den Willen des Usufructuars thun. *L. 15. §. 7. D. h. t.*

41) *L. 17. §. 1. D. h. t.* — ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius.

42) *L. 15. §. 6. D. h. t.* Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium, ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat. *Ita utentem* heißt eo modo utentem, ut in antecedentibus legis verbis descriptum est. Quod si faciat, non debet proprietarius ipsi obesse, et usumfructum quocunque modo minuere, id est, *deteriorem eius conditionem facere.* S. WESTPHAL §. 640. not. 570.

2) Darf nichts an der Sache wider den Willen des Nießbrauchers ändern, z. B. das nutznießliche Haus nicht höher bauen[43]); noch durch einen in seinem Eigenthum unternommenen Bau dem Usufructuar das Licht benehmen[44]). Darf auf die nutznießliche area kein Gebäude setzen[45]). Darf zum Nachtheil des Nießbrauchers dem fundo weder eine Servitut auflegen, noch eine demselben zustehende Servitut dem dienstbaren Gute erlassen[46]); noch sonst etwas von dem fundo, wovon der Nießbrauch gegeben ist, wegnehmen oder demoliren, was einmal dazu gehört, es sey ein Gebäude, oder auch nur ein Baum, den er selbst gepflanzt hätte[47]). Sollte der Proprietar sich dennoch dergleichen dem Rechte des Usufructuars nachtheilige Verfügungen erlaubt haben, so ist dieses entweder noch vor

43) *L. 13. §. 7. in fin. D. h. t.*

44) *L. 7. §. 1. D. eodem.* S. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. 37. not. h. pag. 234. Wird ihm das Licht nicht ganz genommen, sondern blos verdunkelt, so kann der Usufructuar dem Proprietar das Höherbauen in seinem Eigenthum nicht verbieten. *L. 10. D. de servitut. praed. urb.* Siehe oben S. 83.

45) *L. 7. §. 1. D. cit.*

46) *L. 15. §. 7. D. h. t.* Die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 1. L. 15. §. 5. haben statt *amittere servitutem*, παραχωρῆσαι δουλείαν, i. e. remitttere servitutem. Diese Leseart billigt auch IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 49.

47) *L. 12. D. de usu et usufr. leg.* Heres in fundo, cuius ususfructus legatus est, villam posuit, eam invito fructuario demolire non potest; nihilomagis quam si, quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet.

vor der Uebergabe geschehen, nachdem jedoch die Forderung des Nutznießers schon entstanden war; oder nach constituirtem Nießbrauche. Im ersten Falle kann der Usufructuar mit der Klage aus dem Testament oder Contract das Interesse verlangen [48]). In dem letztern aber kann er sich des Interdicti quod vi aut clam, oder der actionis de dolo bedienen [49]).

48) *L. 2. D. Si usufr. pet.* Siehe oben S. 73. und WESTPHAL §. 705. Not. 633.

49) *L. 5. §. ult. L. 6. D. Quib. mod. usufr. amitt.* Si areae sit usufructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Plane si proprietarius hac fecit, *ex testamento* vel *de dolo* tenebitur. Sed et interdictum *quod vi aut clam* usufructuario competit.

---

## Zusätze.

S. 9. Z. 22. ist nach dem Worte genennt. noch hinzuzufügen. Pomponius hat dieses sehr bestimmt angegeben, wenn er *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* sagt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

S. 203. Z. 15. ist statt vivarii, *vivaria* zu lesen.

vor der Uebergabe geschehen, nachdem jedoch die Forderung des Nutznießers schon entstanden war; oder nach constituirtem Nießbrauche. Im ersten Falle kann der Usufructuar mit der Klage aus dem Testament oder Contract das Interesse verlangen [48]). In dem letztern aber kann er sich des Interdicti quod vi aut clam, oder der actionis de dolo bedienen [49]).

48) *L. 2. D. Si usufr. pet.* Siehe oben S. 73. und WESTPHAL §. 705. Not. 633.

49) *L. 5. §. ult. L. 6. D. Quib. mod. usufr. amitt.* Si areae sit usufructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Plane si proprietarius hac fecit, *ex testamento* vel *de dolo* tenebitur. Sed et interdictum *quod vi aut clam* usufructuario competit.

---

## Zusätze.

S. 9. Z. 22. ist nach dem Worte genennt. noch hinzuzufügen. Pomponius hat dieses sehr bestimmt angegeben, wenn er *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* sagt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

S. 203. Z. 15. ist statt vivarii, *vivaria* zu lesen.

vor der Uebergabe geschehen, nachdem jedoch die Forderung des Nutznießers schon entstanden war; oder nach constituirtem Nießbrauche. Im ersten Falle kann der Usufructuar mit der Klage aus dem Testament oder Contract das Interesse verlangen [48]). In dem letztern aber kann er sich des Interdicti quod vi aut clam, oder der actionis de dolo bedienen [49]).

48) *L. 2. D. Si usufr. pet.* Siehe oben S. 73. und WESTPHAL §. 705. Not. 633.

49) *L. 5. §. ult. L. 6. D. Quib. mod. usufr. amitt.* Si areae sit usufructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Plane si proprietarius hac fecit, *ex testamento* vel *de dolo* tenebitur. Sed et interdictum *quod vi aut clam* usufructuario competit.

---

## Zusätze.

S. 9. Z. 22. ist nach dem Worte genennt. noch hinzuzufügen. Pomponius hat dieses sehr bestimmt angegeben, wenn er *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* sagt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

S. 203. Z. 15. ist statt vivarii, *vivaria* zu lesen.

vor der Uebergabe geschehen, nachdem jedoch die Forderung des Nutznießers schon entstanden war; oder nach constituirtem Nießbrauche. Im ersten Falle kann der Usufructuar mit der Klage aus dem Testament oder Contract das Interesse verlangen [48]). In dem letztern aber kann er sich des Interdicti quod vi aut clam, oder der actionis de dolo bedienen [49]).

48) *L. 2. D. Si usufr. pet.* Siehe oben S. 73. und WESTPHAL §. 705. Not. 633.

49) *L. 5. §. ult. L. 6. D. Quib. mod. usufr. amitt.* Si areae sit usufructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Plane si proprietarius hac fecit, *ex testamento* vel *de dolo* tenebitur. Sed et interdictum *quod vi aut clam* usufructuario competit.

---

## Zusätze.

S. 9. Z. 22. ist nach dem Worte genennt. noch hinzuzufügen. Pomponius hat dieses sehr bestimmt angegeben, wenn er *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* sagt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

S. 203. Z. 15. ist statt vivarii, *vivaria* zu lesen.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 9,1

Erlangen (1808)

J.rom.c. 137-9,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565389-8
VD18 90223780